

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



MÁSTER ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

DERECHO PROCESAL PENAL

**IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN
DEL MINISTERIO FISCAL CONTRA LA
SENTENCIA DEL ‘CASO GUATEQUE’**

**La ilicitud en el conocimiento de la ‘*notitia criminis*’ y
su propagación al inicio y a los actos de investigación**

GONZALO LEÓN FELIPE

Tutora: Bárbara Sánchez López

Calificación: Matrícula de Honor

CURSO ACADÉMICO 2017/2018

RESUMEN: El presente Trabajo Final de Máster tiene por objeto la realización de un escrito de impugnación del Recurso de Casación presentado ante el Tribunal Supremo por el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia 6239/2017, Sección 2ª, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se juzgó la macro causa conocida como ‘*Caso Guateque*’, en la que estuvieron implicadas 30 personas acusadas de varios delitos de cohecho, de prevaricación ambiental, de negociaciones prohibidas a funcionarios y delitos contra el Patrimonio histórico, a través del cual es posible entender cuáles son los requisitos que establece la ley procesal que han de darse para que puedan ser tenidas como válidas en un juicio las diferentes pruebas aportadas por las partes, en concreto, en este caso, se pone de manifiesto la importancia de la cadena de custodia de la prueba más importante de la causa, una grabación de una conversación que ponía de manifiesto la comisión de los delitos anteriormente indicados.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal – Caso Guateque – Grabación de una conversación – Inadmisión de pruebas – Vulneración de derechos - Derecho a la intimidad - Instrumento utilizado por la Guardia Civil.

ABSTRACT: The purpose of this Final Master's Thesis is to make a written challenge to the Appeal of Cassation submitted by the Public Prosecutor to the Supreme Court against the Sentence 6239/2017, Section 2, of June 19, of the Provincial Appellate Court Madrid. This Sentence refers to the macro case also known as the ‘*Guateque Case*’; during of which, 30 people were accused of several crimes of bribery, environmental trespass, negotiations forbidden to officials and crimes against the Historical Heritage. Through this case it becomes clear to understand which are the requirements established in the procedural law so that the evidences provided by the parties can be considered valid. Concretely in this case, the chain of custody reveals itself as a key part of the whole case; especially when it is about the most important evidence of the trial, as it is a recorded conversation that reveals the commission of the crimes which I exposed before.

KEYWORDS: Procedural Law - Guateque Case - Recording a conversation - Inadmissibility of evidence - Violation of rights - Right to privacy - Instrument used by the Civil Guard.

ÍNDICE GENERAL

1. ABREVIATURAS	7
2. ENUNCIADO DEL ‘CASO GUATEQUE’	9
3. EL RECURSO DE CASACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL	15
4. ESCRITO DE IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL	17
A LA EXCMA. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO	17
ANTECEDENTES	19
i. La sentencia recurrida	19
ii. La posición del Ministerio Fiscal.....	22
FUNDAMENTOS LEGALES Y DOCTRINALES DE LA PRESENTE IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	22
i. PRIMERO. Las dos opciones procesales y doctrinales entre las que elegir	22
ii. SEGUNDO. La acertada posición de la Sala provincial.....	23
iii. TERCERO. Inconsistencia secuencial de la narración asumida por la Corte provincial	24
iv. CUARTO. La legislación y doctrina aplicables al caso	28
v. QUINTO. La lesión de derechos del Fiscal	45
vi. SEXTO. Procedencia de la declaración de nulidad de la sentencia impugnada.....	47
vii. SÉTIMO. Sobre la acertada decisión de la sentencia de la Sala Provincial	48
viii. OCTAVO. Procedencia de la confirmación de la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial de Madrid.....	58
SE SOLICITA A LA EXCELENTISIMA SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO.	59
5. BIBLIOGRAFÍA	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	61
i. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	61
ii. Jurisprudencia del Tribunal Supremo	61
iii. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	62
6. ANEXOS	63
ANEXO 1º. Texto íntegro de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid	63
ANEXO 2º. Texto íntegro del recurso de casación del Ministerio Fiscal	82

1. ABREVIATURAS

LCr o LCrim..... Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOPJ..... Ley Orgánica del Poder
Judicial.

STS..... Sentencia del Tribunal Supremo.

STC..... Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH..... Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. ENUNCIADO DEL ‘CASO GUATEQUE’

- I. El presente Trabajo Final del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado, realizado en la Universidad Complutense de Madrid tiene por objeto la realización de un escrito de impugnación del Recurso de Casación presentado por el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia 6239/2017, Sección 2ª, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid. El texto del escrito forense que constituye, propiamente, mi trabajo figura bajo el apartado. 4 en las págs.17 y ss.
- II. A fin de contextualizar el objeto del trabajo, es preciso señalar que en el año 2005, a raíz de varias modificaciones arquitectónicas en su bar-restaurante, Benigno Juan encargó a Carlos Celso, que regentaba una empresa de proyectos de obra, la modificación de la licencia administrativa de funcionamiento ante la Junta de Chamberí del Ayuntamiento de Madrid, que incluía pasar la preceptiva Evaluación de Impacto Ambiental.

Tras sucesivos retrasos que propiciaron que se llegara a dictar propuesta de clausura del local, el día 6 de marzo de 2007 Carlos Celso le pidió a Benigno Juan un pago de 15.000 euros para su entrega al funcionario municipal encargado de la emisión del correspondiente informe medio-ambiental, con la finalidad –al parecer– de dar al expediente un tratamiento favorable y acelerado. Benigno Juan se negó y acudió a la Comandancia de Tres Cantos de la Guardia Civil para poner en su conocimiento estos hechos.

Así se inicia la macro-causa conocida como ‘Caso Guateque’, dirigida contra una treintena de personas, particulares y funcionarios municipales, acusadas de varios delitos de cohecho, de prevaricación ambiental, de negociaciones prohibidas a funcionarios y delitos contra el Patrimonio histórico.

- III. Díez años después del inicio de la investigación y tras cuatro meses de sesiones públicas, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha dictado en fecha 19 de junio de 2017 su sentencia núm. 408/2017, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

“El día 6 de marzo de 2007, en las dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos), guardias civiles no identificados entregaron a Benigno Juan una grabadora de pequeñas dimensiones y una cinta magnetofónica con la finalidad de que grabara la conversación que iba a tener lugar ese mismo día en el despacho profesional de la persona que realizaba los proyectos técnicos en sus negocios de hostelería, Carlos Celso, con quien mantenía una antigua relación de confianza. La grabación debía hacerse sin conocimiento del interlocutor y la conversación versaría sobre una supuesta petición de dinero realizada por un funcionario del Ayuntamiento de Madrid para la tramitación rápida de un determinado expediente.

Tres días después, el 9 de marzo de 2007, tras valorar el contenido de lo grabado, desde la Jefatura de dicha Unidad, se ordenó a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, que se tomara declaración como denunciante al Sr. Benigno Juan. En el atestado levantado al efecto ese mismo día no se hizo referencia alguna a que los medios técnicos con los que se grabó la conversación habían sido facilitados en dicha Unidad. Por el contrario, de la lectura del atestado resultaba que había sido aquel, "motu proprio", quien había decidido grabarla con sus propios medios, haciendo entrega después de la grabadora con la cinta magnetofónica a la Guardia Civil.

Ni la grabadora ni la cinta magnetofónica con la conversación supuestamente registrada fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción.

Tras ser turnado el atestado al Juzgado de Instrucción nº 32, con fundamento únicamente en la transcripción de dicha supuesta conversación y en la declaración recibida al denunciante en dependencias de la Guardia Civil, se acordó, mediante auto de fecha 2 de abril de 2007, la incoación de diligencias previas, el secreto de las actuaciones por tiempo de un mes, la condición de testigo protegido de Benigno Juan, la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por Carlos Celso, de números NUM064 y NUM065 y que se librasen sendos oficios a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de un vaciado completo de sus archivos de los últimos 4 años relacionados con Carlos Celso, Balbino Enrique y Visitación

Herminia. La instrucción subsiguiente deriva directamente de dicha grabación, verdadera piedra angular sobre la que se ha construido toda la causa”.

“En sus Fundamentos jurídicos, la SAP considera que «que el poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de los delitos no puede valerse de atajos, pues la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio”.

“(…) La prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria, siendo esta una de las garantías de nuestro sistema constitucional. El artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sujeta el concepto de ilicitud probatoria a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que puede ser o no constitutivo de delito, estando fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren su mandato prohibitivo”.

“(…) El derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (...) Dicho ámbito digno de protección abarca, lógicamente, al despacho profesional. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2012 considera que, conforme al expresado criterio de " expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad”.

“(…) Es, por tanto, incuestionable que una grabación como la de autos, como fuente de prueba y medio de investigación, debe respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional cuya observancia es rigurosamente necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, siendo la primera y fundamental la judicialidad de la medida”.

“(…) Solo tras conseguir la grabación de la forma expuesta anteriormente y valorar su contenido, se decidió desde la Jefatura de la Unidad Orgánica de la

Guardia Civil la presentación de la denuncia. Estamos, pues, ante una medida de investigación tecnológica predelictual, utilizada por la Guardia Civil sin la necesaria autorización judicial y al margen de cualquier procedimiento penal, de naturaleza prospectiva, pues ni se habían iniciado diligencias de investigación, ni siquiera existía denuncia, y, como tal, terminantemente prohibida de acuerdo con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y de la Sala II del Tribunal Supremo (por todas la STC 253/2006, de 11 de septiembre y la STS de 1 de abril de 2014)”.

“Esta actuación no solo es prospectiva. Del análisis de la conversación obrante en el CD de autos, en el que supuestamente, según el atestado de la Guardia Civil, se habría volcado la grabación original, se deduce que habría tenido como finalidad forzar una conversación con un contenido determinado. Se trató, por tanto, de una actuación premeditada con la intención de lograr que el grabado manifestara hechos que pudieran ser utilizados en su contra en un proceso penal ulterior, a cuyo fin fue el propio Sr. Benigno Juan quien introdujo reiteradamente la cuestión relativa al dinero, a la que no se había referido en ningún momento su interlocutor, preguntando primero ‘¿y cada vez que te informa uno positivo siempre es porque ha habido que darle dinero o no?’, después “lo que hace el dinero es adelantar, ¿no?’, y más adelante, dado que el Sr. Carlos Celso seguía sin hacer mención a dicha petición de dinero, preguntando directamente ‘¿y qué está pidiendo este?’, por lo que este Tribunal considera que existe una clara incitación por parte del testigo con una evidente finalidad de preconstitución probatoria”.

La sentencia del Tribunal Supremo nº 863/2011 se refiere a esta cuestión señalando que el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél (también en SSTs nº 24/2007, de 25 de Enero; nº 467/2007, de 1 de Junio y STS de 10 de marzo de 2016).

En el mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 1 marzo 2011, Caso L alas contra Lituania, recordaba en el fundamento jurídico nº

42, que, tal como se había establecido en su anterior sentencia de 5 de febrero de 2008, se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados -ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones- no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que de forma activa incitan al sujeto a cometer el delito. En el supuesto de autos es claro que el interlocutor grabado no realizó las manifestaciones de una forma espontánea, sino que le fueron extraídas de modo torticero. Tal ardid, contrario a la buena fe, vicia la prueba y el método empleado”.

“(…) De lo anterior solo cabe inferir que el contenido mendaz del atestado que ha dado origen a la presente causa es el procedimiento fraudulento ideado para conseguir la iniciación del proceso penal mediante el ardid de presentar la grabación de la conversación obviando el dato esencial relativo al método empleado para su obtención. El auto de incoación se fundamentó, por tanto, en una supuesta grabación espontánea realizada por un ciudadano por su cuenta y con sus propios medios, pues así resultaba del atestado, y no en lo verdaderamente sucedido, que de haberse puesto en conocimiento del Juzgado tendría que haber sido determinante de la declaración de nulidad de la grabación y del consiguiente sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

En consecuencia, la resolución que da inicio a la instrucción y que acuerda, entre otros extremos, el secreto de las actuaciones y la intervención de varios teléfonos, carece de verdadera motivación, pues la que contiene se asienta exclusivamente en el relato falaz obrante en el atestado de la Guardia Civil”.

“(…) Todas las pruebas practicadas derivan de la grabación que motivó la viciada incoación de las diligencias previas, acordándose en la misma resolución el secreto de las actuaciones y la intervención de los teléfonos del denunciado. La instrucción se basó en dicha grabación y en un sinfín de intervenciones telefónicas concatenadas, cada una de ellas derivada directamente de la anterior, sobre cuyo resultado se practicaron las demás diligencias. Existe, pues, una clara vinculación causal, por lo que el acto ejecutado con vulneración del derecho a la intimidad produjo, conforme a esta línea jurisprudencial, un radical efecto contaminante sobre el resto de las pruebas”.

En definitiva, *“la grabación es nula de pleno derecho por infringir de forma flagrante el derecho fundamental a la intimidad, existiendo una evidente conexión de antijuridicidad con el auto de incoación de las diligencias previas que, como se ha expuesto, vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y al secreto de las comunicaciones, extendiéndose, en consecuencia, el nexo de antijuridicidad a las diligencias de prueba que en dicha resolución se acordaron y que, a su vez, fueron la base en la que se asentaron todas y cada una de las demás diligencias actuadas durante la instrucción y las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Existe, por tanto, una absoluta ausencia de prueba, no habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia de los acusados, pues todas las pruebas practicadas son nulas y por tanto carecen de validez a tales efectos enervatorios”*.

Finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid apoyándose, como hemos visto, en numerosa jurisprudencia declara absueltas a las 30 personas que venían siendo acusadas, al entender que la prueba incriminatoria inicial, es decir, la grabación de la conversación mantenida por el testigo protegido Benigno Juan y el acusado Carlos Celso, no reunía las garantías exigidas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial para ser tomada en cuenta en fase de juicio oral, y por ende, han de anularse todas las pruebas que derivaron de aquella grabación inicial, basándose para ello en el Artículo 11.1 de la LOPJ y en la famosa *‘teoría del árbol envenenado’*.

- IV. El presente caso es el mejor ejemplo para entender la importancia que el Derecho Procesal tiene en nuestro sistema judicial, puesto que al ser un sistema garantista, la instrucción penal no trata únicamente de conocer la verdad, es decir, no se trata solo de probar unos hechos, sino que además, hay que cumplir una serie de garantías establecidas por diferentes leyes como la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LOPJ, entre otras.

Es ese respeto a una serie de normas que rigen el desarrollo del proceso judicial lo que se conoce como el Derecho Procesal, debiendo cumplirse dichas normas a lo largo de todo el desarrollo judicial por todos los intervinientes en el mismo, pues

puede ocurrir que pese a que las pruebas no dejen lugar a dudas de la comisión de hechos delictivos, las pruebas incriminatorias pueden no ser tenidas en cuenta a la hora de juzgar dichos hechos, al entender la Sala juzgadora, como ocurre en este caso, que la prueba que dio inicio a las investigaciones, es decir, la *notitia criminis*, debe ser considerada ilícita al haberse vulnerado en su obtención derechos fundamentales de los acusados, arrastrándose dicha ilicitud al resto de pruebas que derivasen de la inicial.

Para facilitar la comprensión del recurso del Ministerio Fiscal que se impugna en el presente trabajo, se incluye, para mayor comodidad del lector, texto íntegro de la Sentencia 6239/2017, Sección 2ª, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid como ANEXO 1º, que figura en las págs. 63 y ss.

3. EL RECURSO DE CASACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En julio de 2017 el Ministerio Fiscal ha tenido por conveniente interponer recurso de casación contra la citada Sentencia 6239/2017, Sección 2ª, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, y es ese recurso de casación del Ministerio Público frente al que esta parte ha de formular el correspondiente escrito de impugnación.

Dicho recurso se fundamenta en la infracción de precepto constitucional, en concreto en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal y en la infracción del derecho a un proceso con garantías y a utilizar medios de prueba pertinentes, todos ellos recogidos en el Artículo 24 de la Constitución Española.

Entiende el Ministerio Público que dicho recurso de casación es procedente al no haberse valorado las pruebas aportadas a su instancia y por haberse dejado de valorar las grabaciones y transcripciones de conversaciones personales y telefónicas propuestas como prueba, así como las pruebas periciales, documentales, interrogatorio de los acusados y testificales propuestas.

Como hicimos anteriormente y para cualquier duda que pudiera surgir durante la lectura del presente trabajo, se facilita el texto íntegro del Recurso de casación del Ministerio Fiscal como ANEXO 2º, que figura en las págs. 82 y ss.

4. ESCRITO DE IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

ESCRITO DE IMPUGNACIÓN.

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL.

RECURSO: 1/2016

ROLLO DE SALA: 408/2017

**PROCEDENCIA: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SALA DE LO
PENAL. SECCIÓN 2ª.**

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 32 DE MADRID.

DILIGENCIAS PREVIAS PROCEDIMIENTO ABREVIADO 939/2007

A LA EXCMA. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

D. Javier García-Moya Villanueva, Procurador de los Tribunales, y de **D. SEVERINO VIDAL**, bajo la dirección letrada de D. Gonzalo León Felipe, Col. Nº 120. 417 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ante esta Ilustrísima Sala comparece y como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

Que con fecha 20 de septiembre de 2017 le ha sido notificada Diligencia de ordenación, de fecha 17 de septiembre por la que se nos comunicaba la formalización por parte del MINISTERIO FISCAL de recurso de casación contra la Sentencia 6239/2017, de 19 de junio de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, procedente de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado 939/2017 seguido en el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid.

Una vez instruidos de dicho recurso y dentro del plazo legalmente concedido, por medio del presente escrito, esta parte viene a formalizar **ESCRITO DE IMPUGNACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por el Ministerio Fiscal, de conformidad con

el Artículo 882 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de defender la sentencia recurrida en casación, todo ello en base a las siguientes:

ALEGACIONES

ÚNICA.- Esta parte, en consonancia con la sentencia objeto del presente recurso, considera procedente la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Madrid al considerar nula de pleno derecho la grabación que dio inicio al proceso de investigación y persecución de los hechos supuestamente delictivos, por carecer la misma de los requisitos legales y procesales oportunos para ser tenida como válida en un proceso penal.

En consecuencia, por derivar y asentarse sobre la misma el resto de diligencias acordadas durante la instrucción y las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, la Audiencia Provincial llega a la conclusión de la existencia de una absoluta ausencia de prueba en dicho procedimiento, y por tanto, al no poder desvirtuarse la presunción de inocencia de mi mandante y del resto de acusados, al declararse nulas todas las pruebas practicadas, no tiene más opción que proceder a la absolución de los acusados.

Por este motivo, no podemos sino estar en contra de la posición que sostiene el Ministerio Fiscal, y por tanto, esta parte considera que LA SENTENCIA RECURRIDA NO SUPONE VIOLACIÓN ALGUNA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA CORRESPONDIENTE LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A UN PROCESO CON GARANTÍAS Y AL USO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES, RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCION, EN SUS APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO, RESPECTIVAMENTE.

Y ello es así en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

i. La sentencia recurrida

Tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su escrito de casación, la sentencia recurrida opta por no tomar en consideración, por entender que con la misma se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y al derecho a no declarar contra sí mismo, la prueba base de toda la denuncia consistente en una grabación efectuada por el testigo protegido Benigno Juan de una conversación mantenida el día 6 de marzo de 2007 en el despacho profesional del acusado Carlos Celso.

Según la Sentencia recurrida, dicha grabación fue realizada por iniciativa y bajo control de la Guardia Civil, facilitando al testigo una grabadora y una cinta magnetofónica, dejando patente que la conversación que se mantuvo en aquel despacho fue inducida y controlada por la Guardia Civil, sin haberse iniciado actuación penal alguna y sin contar con la debida autorización, viciándose de nulidad el contenido, tanto de la grabación efectuada, como de la denuncia y del resto de pruebas derivadas de dicha grabación, no teniendo el juez otra opción que la absolución de todos los acusados por falta de pruebas que puedan considerarse válidas.

La Audiencia Provincial en el relato de hechos probados afirma que en fecha de 6 de marzo de 2007, miembros desconocidos de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid, de Tres Cantos, entregaron una grabadora y una cinta magnetofónica al testigo protegido Benigno Juan, quien aseguró en fase de juicio oral que los agentes de dicho cuerpo le habían proporcionado los medios técnicos imprescindibles para realizar la grabación, precisando éste que los mismos consistían en una grabadora de 5 por 10 centímetros, con pilas, rectangular, y una pequeña cinta magnetofónica.

La entrega de tales dispositivos útiles para la realización de la grabación se produjo en las dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid, de Tres Cantos.

Entiende Sala provincial y así lo hace constar en su sentencia que existen contradicciones entre la declaración efectuada por el testigo protegido y los hechos que se constataron en el atestado, en tanto que en el mismo se hace constar que *“la orden de tomar declaración a una persona que denuncia una especie de trama...”*, añadiendo que *“la grabadora facilitada por el denunciante se remita al Servicio de Acústica...”*, dejando claro que falsearon la realidad en la elaboración del atestado.

Considera acreditado la sentencia recurrida que la grabadora y la cinta fueron entregadas al testigo protegido el mismo día en que se efectuó la grabación de la conversación, es decir, el día 6 de marzo de 2007, afirmando que *“El testigo se dirigió con la grabadora al despacho profesional del acusado, con el que mantenía una antigua relación de confianza, con la finalidad de grabar, de forma subrepticia, una conversación en la que se haría referencia a la supuesta petición de dinero para agilizar la tramitación de su expediente. La grabadora y la cinta con la conversación se entregaron finalmente a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, el 9 de marzo de 2007. El atestado, redactado en dicha fecha, es el acto que dio lugar a la incoación de la presente causa...”*.

La Sala provincial señala que en el referido atestado se hace continua referencia a que es el denunciante quien aporta la grabadora y la cinta con la conversación sin hacer, en cambio, referencia alguna a la entrega por parte de los agentes de dichos efectos al testigo protegido, añadiendo la Audiencia Provincial que dichos efectos no fueron entregados al Juez instructor, quien no hizo indagación alguna al respecto, sino que simplemente se limitó a creerse la transcripción realizada por la Guardia Civil en su atestado, destacando la Sentencia que *“no se realizó ninguna investigación previa por parte de la Guardia Civil. Tras la denuncia, (la Guardia Civil) solo se limitó a la identificación de las personas y propiedad de los denunciados”*.

Por todo lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que el testigo protegido fue tan solo un mero instrumento utilizado por agentes no identificados de la referida Unidad Orgánica de la Guardia Civil para conseguir grabar de forma subrepticia una determinada conversación que aquel iba a mantener, gracias a su condición de antiguo cliente, en el despacho profesional (del acusado).

La grabación de la conversación fue plantificada y materializada a iniciativa de los desconocidos agentes de dicha Unidad, quienes proporcionaron los instrumentos necesarios para que se pudiera llevar a efecto, contribuyendo así de manera crucial en la ejecución del plan para la obtención de la fuente de prueba.

Todo ello se hizo sin que existiera denuncia previa, sin que se incoara diligencia alguna, ni se pusiera en conocimiento de la autoridad judicial ni, por tanto, se solicitara la correspondiente autorización del Juez de Instrucción.

Entiende la Sala que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria, siendo ésta una de las garantías de nuestro sistema constitucional.

La sentencia también hace alusión a la falta de motivación del auto que acuerda las intervenciones telefónicas por cuanto que dicho auto se fundamenta en una supuesta grabación espontánea, realizada por un ciudadano por su cuenta y con sus propios medios, tal y como resultaba del atestado, quedando clara la falta de realidad que se recogía en dicho atestado, lo que pone de manifiesto la falta de diligencia del Juez instructor a la hora de acordar las intervenciones telefónicas, puesto que no realizó pesquisa alguna, limitándose a tener por cierto lo recogido por la Guardia Civil en el atestado, pues de haberse estado a lo que realmente sucedió, el Juez no hubiera tenido más opción que declarar la nulidad de la grabación y el consiguiente sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Por tanto, la resolución que dio inicio a la instrucción y que acuerda, entre otras cosas, el secreto de las actuaciones y la intervención de varios teléfonos, carece de toda motivación, pues la que contiene se asienta única y exclusivamente en un relato falaz obrante en el atestado de la Guardia Civil.

ii. La posición del Ministerio Fiscal

Por su parte, el Ministerio Fiscal formuló acusación solicitando una serie de penas al considerar, tal y como ahora ha puesto de manifiesto en su escrito de casación, que las pruebas propuestas y aportadas eran lícitas y válidas, apoyándose en la asunción por parte del Juez Instructor de dicha licitud y validez en el auto de incoación de fecha 2 de julio de 2009, basándose para ello en un atestado policial falto de toda veracidad.

FUNDAMENTOS LEGALES Y DOCTRINALES DE LA PRESENTE IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

En lo sucesivo y en aras de facilitar la resolución del presente recurso de casación a la Excelentísima Sala del Tribunal Supremo a la que tenemos el honor de dirigimos, esta parte se va a servir de la estructura utilizada por la Ministerio Fiscal en su escrito casacional para ir esgrimiendo los argumentos que se considere a favor o en contra de lo manifestado por la parte recurrente, y a tal efecto:

PRIMERO. Las dos opciones procesales y doctrinales entre las que elegir

El Ministerio Fiscal considera que la sentencia de la Audiencia Provincial que ha sido impugnada origina la indefensión, y por ende, la nulidad de la misma, al no haberse tenido como lícitas y válidas las pruebas que han sido aportadas por dicha parte recurrente.

Pero el Ministerio Fiscal parte en su escrito de casación de una afirmación errónea, pues considera que el '*quid*' del asunto radica en asumir, como hace la sentencia, o negar que el testigo protegido fue un mero instrumento utilizado por agentes no identificados para conseguir grabar de forma subrepticia una determinada conversación que aquel iba a mantener, gracias a su condición de antiguo cliente, en el despacho profesional del acusado.

Entiende el Ministerio Fiscal que la doctrina acogida por la sentencia resultaría apropiada y por tanto, habrían de declararse nulas tanto la grabación principal, como el

resto de pruebas derivadas de la misma, si se demostrase que el testigo protegido ejercía, o al menos en aquella ocasión así lo hizo, como considera la sentencia recurrida, como un mero instrumento de la Guardia Civil para que por dicha fuerza pública se consiguiera registrar de forma subrepticia la conversación privada que el acusado Carlos Celso iba a mantener con el testigo protegido Benigno Juan.

Pero esta parte considera que no es esa la única cuestión a resolver, sino que la sentencia aborda de manera suficiente los argumentos por los cuales llega a la conclusión de que la grabación no puede ser considerada como válida, como son el hecho de que el atestado sea una construcción falaz de los hechos, que la grabación no se encuentre aportada a las actuaciones, que no se contara con la correspondiente autorización judicial previa, que no se hubiese hecho actuación judicial alguna antes de la grabación, y principalmente, que la grabación supusiera una clara vulneración de varios derechos fundamentales del acusado Carlos Celso.

Por todo lo anterior, esta parte considera que la doctrina que ha utilizado la sentencia provincial es la idónea y que por lo tanto, la grabación ha de considerarse nula por los motivos que a continuación se irán detallando, y en consecuencia, han de considerarse nulas el resto de las pruebas por derivar todas y cada una de ellas de la grabación inicial.

SEGUNDO. La acertada posición de la Sala provincial

Como bien apunta el Ministerio Fiscal en su escrito, la Sala provincial sostiene a lo largo de la sentencia que las pruebas han de tenerse como nulas al derivar todas de la grabación de una conversación privada, llevada a cabo por una persona que actuó como un mero instrumento de las fuerzas de seguridad, a iniciativa de las mismas, y utilizando para ello los instrumentos técnicos aportados por dichas fuerzas, sin haberse iniciado anteriormente diligencia de investigación alguna.

La Guardia Civil tenía constancia de que el testigo protegido Benigno Juan iba a mantener una conversación el acusado Carlos Celso dada su antigua relación de amistad y confianza, en su condición de antiguo cliente.

Como bien hace la Audiencia Provincial, opta por declarar nulas las pruebas por derivar todas ellas de la referida grabación, habiéndose obtenido dicha grabación con una clara vulneración de derechos fundamentales del acusado Carlos Celso, y habiendo sido utilizado el testigo protegido como un mero instrumento para conseguir una grabación de forma subrepticia.

TERCERO. Inconsistencia secuencial de la narración asumida por la Corte provincial

Aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de casación que la versión de lo ocurrido que tiene como probada la Sala provincial no es la acertada, entendiendo que la misma es inconsistente, añadiendo que para llegar a dicha conclusión no es necesario '*siquiera acudir a las actuaciones*', ante lo cual esta parte no puede sino mostrar su perplejidad, en tanto que la Sala Provincial se encuentra ante una instrucción saturada de inconsistencias, falta de pruebas válidas, miembros de la Guardia Civil que se han dado por desconocidos, sin hacer la más mínima investigación sobre sus identidades, una grabación que es considerada piedra angular de las actuaciones y cuyo original tiene un paradero desconocido.

Ante esta situación, la Sala Provincial a raíz de las declaraciones que se han ido prestando ha elaborado una narración de hechos que resulta cuanto menos más lógica y verídica de la versión ofrecida tanto por la Guardia Civil, como por el Juez Instructor.

En cualquier caso, el Ministerio Fiscal comienza poniendo en duda la calificación que la Sala Provincial otorga a la relación de confianza que existía entre el testigo protegido Benigno Juan y el acusado Carlos Celso, ante lo que hemos de decir que resulta evidente que los implicados en la grabación no eran amigos íntimos pero que conservaban una relación de confianza debido a los servicios prestados por Carlos Celso a Benigno Juan, una relación entre un prestador de servicios jurídicos profesionales y un cliente que siempre y en todo caso han de estar basadas en la confianza mutua.

Nadie y solo los implicados pueden saber qué tipo de relación de confianza tenían, pero el testigo protegido Benigno Juan en su declaración afirmó que mantenía una relación

de confianza con el acusado Carlos Celso, y como ha quedado probado, ello era debido a que Carlos Celso era la persona en quien confiaba para que realizase los proyectos técnicos de sus negocios de hostelería quedando, por tanto, acreditado y sin ningún género de duda que entre los implicados en la referida conversación grabada existía una confianza mutua, que es a lo que se ciñe la sentencia, sin entrar a valorar el grado de confianza de ambos sujetos, si bien esta parte entiende que la relación de confianza puede tildarse de ‘antigua’, teniendo en cuenta la declaración de Benigno Juan, de la cual se desprende que no era la primera vez que acudía al despacho profesional de Carlos Celso, sino que con motivo de sus relaciones profesionales había acudido en anteriores ocasiones.

Continúa en su escrito el Ministerio Público haciendo objeciones a la resolución que impugna, dando por sentado hechos que no se encuentran probados y que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha tenido como tal, pues añade el Ministerio Público que *“Se parte, en la resolución impugnada, de que el testigo acudió espontáneamente a la Guardia Civil”*, infiriéndose de la sentencia *“de modo inequívoco, que el testigo no fue convocado por la Guardia Civil en el contexto de ninguna operación, ni investigación”*, incurriendo en grave error la parte recurrente, pues la sentencia se limita a narrar como probado aquellas circunstancias de las cuales ha podido corroborar su veracidad, no pudiendo saber qué es lo que ocurrió en los días o en los meses previos a aquel 6 de marzo de 2007 en el que se produjo la grabación de la conversación pues tan solo sabemos, y eso es a lo que nos debemos de ceñir, que ese mismo día el testigo protegido Benigno Juan acudió a la Guardia Civil a recoger los elementos radiofónicos para posteriormente dirigirse al despacho profesional de Carlos Celso y grabar la conversación.

Podríamos hacer conjeturas de todo tipo respecto de los días previos pero no es este el momento procesal oportuno para ese tipo de cuestiones, pero una cosa si se puede afirmar y es que en ese momento no existía de manera formal ninguna investigación abierta por la Guardia Civil en relación a los hechos y delitos que aquí se han investigado y juzgado.

Continúa el Ministerio Público sus argumentos afirmando que en la sentencia se viene a sostener que *“el primer conocimiento que la referida fuerza (Guardia Civil) tuvo del*

asunto, derivó de la espontanea comparecencia ante la misma del testigo protegido”, y la sentencia sostiene todo lo contrario en cuanto a la *‘notitia criminis’*, pues señala de forma clara la contradicción entre el atestado que da origen a las diligencias previas, donde se dice que es el testigo protegido quien acude de forma espontánea a la Guardia Civil con una grabación, y el auto del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, de fecha 2 de julio de 2009, en el que se señala sorpresivamente que la grabación se efectuó con medios técnicos proporcionados por la Guardia Civil, como así ratificó posteriormente el testigo protegido Benigno Juan en su declaración, lo que deja claro que la Guardia Civil, cuanto menos, fue conocedora de la cita que el testigo protegido tenía concretada con el acusado Carlos Celso y de sus intenciones, pues resulta evidente y entendible que la Guardia Civil no proporciona una grabadora a cualquier persona que acude a unas dependencias policiales, resultando lógico que la Guardia Civil supiera de las intenciones del testigo protegido antes de producirse la citada grabación de la conversación.

Continúa el relato secuencial de los hechos por parte del Ministerio Público afirmando que, de acuerdo con lo recogido en la sentencia, *“teniendo conocimiento de tales hechos, y sin que se formulara denuncia alguna por el testigo protegido, la Guardia Civil facilitó al mismo una grabadora y una cinta magnetofónica”*, dejándose patente la falta de diligencia procesal por parte de la Guardia Civil que a la vista de los hechos, lo que debió haber hecho antes de facilitar la grabadora al testigo fue solicitar la correspondiente autorización judicial que hubiera permitido dotar de más validez a dicha grabación, pero simplemente y a sabiendas del error procesal que se estaba cometiendo, facilitó la grabadora al testigo.

Prosiguiendo con el relato, recoge el Ministerio Fiscal que *“el testigo hizo derivar la conversación hacia la referida solicitud de dádiva, solicitud ya formulada por el acusado antes de dicha conversación”*, dejando claro que la única intención que perseguía el testigo protegido Benigno Juan no era otra que obtener una confesión involuntaria por parte del acusado Carlos Celso, pues esa fue desde un primer momento su intención; por ello, entendemos que previamente acudió a la Guardia Civil, les comentó la situación y grabadora en mano se dispuso a obtener de forma subrepticia una confesión por parte del acusado que le sirviese para denunciar los hechos. En cualquier caso el escrito da a entender que la solicitud de dinero por parte del acusado Carlos

Celso al testigo protegido ya se había hecho con anterioridad en otra conversación, algo que sin embargo no ha resultado probado.

Aunque como bien apunta el Ministerio Público, el testigo protegido tras la conversación acudió a la Guardia Civil para hacer entrega de la grabadora, la cual fue recibida, registrada y transcrita por la Guardia Civil, hemos de hacer hincapié en este hecho y es que la cinta original en la que se encuentra registrada la grabación no se aportó a las actuaciones, ni el Juez Instructor la requirió, sino que simplemente se transcribió por la Guardia Civil, aunque como consta en el atestado, la denuncia se formuló en fecha 9 de marzo de 2007, sin que nadie pueda saber que ocurrió durante esos 3 días que mediaron entre la conversación grabada y la formulación de denuncia.

Hemos de incidir en el hecho de que las presentes diligencias se iniciaron a través de un atestado en el que se recoge la denuncia del testigo protegido, la cual se basa en una grabación que, según el atestado, había sido realizada de forma espontánea por un ciudadano por su cuenta y con sus propios medios, cometiendo un grave error dicho atestado pues como se ha podido saber con posterioridad, la realidad distó mucho de ser la recogida en dicho atestado que dio origen a las presentes diligencias.

Concluye el Ministerio Fiscal añadiendo que no puede compartir el criterio de la Sala Provincial quien entiende, según el escrito casacional del Ministerio Público, que *“la Guardia Civil habría investigado de modo clandestino al acusado, utilizando para ello, como mero instrumento, a un antiguo amigo y cliente de dicho acusado, obteniendo así una grabación no autorizada por ningún juez”*, y es que la actuación de la Guardia Civil puede resultar difícil de calificar pero el término clandestino podría resultar incluso apropiado teniendo en cuenta que la Real Academia de la Lengua Española define ‘clandestino’ como *“Que se efectúa sin los requisitos exigidos por una disposición legislativa”*, y no es desacertada la calificación, pues la grabación se orquestó de forma totalmente clandestina, sin que constase la existencia de investigación previa sobre dichos hechos y sin la oportuna autorización judicial para efectuar la referida grabación.

En definitiva, la Sentencia construye una narración de hechos probados que lejos de ser inconsistente, resulta lógica y coherente, aunque la realidad con la que se produjeron los hechos fuese todo menos lógica y coherente, pues en el derecho penal no basta con

afirmar la existencia de unos hechos delictivos, sino que esos hechos han de ser probados de forma válida y con las garantías procesales que exige la ley, pues los hechos pueden ser ciertos y delictivos, pero sin el respeto a unas garantías procesales que guíen la investigación y el desarrollo del enjuiciamiento, los hechos delictivos y las actitudes de los implicados en los mismos, por muy delictivas que sean pueden quedar impunes.

CUARTO. La legislación y doctrina aplicables al caso

A este respecto, entiende el Ministerio Fiscal que la interpretación jurídico-procesal que realiza la Sala provincial de lo que en la sentencia se declara probado no puede ser asumida por parte del Ministerio Público.

Entiende que *“la grabación de autos no es el origen de las investigaciones”*, sino que el origen es la denuncia presentada por el testigo protegido Benigno Juan, ante lo que no podemos sino manifestar nuestra oposición, pues como bien apunta en su escrito casacional, la denuncia es uno de los actos procesales con capacidad para determinar la incoación de un proceso penal, y desde luego una investigación policial.

No es menos cierto que en el caso de autos, la denuncia no es el acto que da inicio a la investigación de los hechos, sino que es la grabación que el testigo protegido presenta el día 6 en las dependencias de la Guardia Civil la actuación que da inicio a dicha investigación, e incluso podríamos decir que antes de que la grabación se produjese, el testigo protegido debió informar de algún modo a la Guardia Civil de los hechos que supuestamente se estaban llevando a cabo en aquel despacho, y si por “denuncia” se ha de entender el acto por el que un sujeto pone en conocimiento de la autoridad hechos de apariencia delictiva, tal nombre lo hubiera merecido la primera comparecencia del testigo ante la Guardia Civil para, entendemos, poner en conocimiento de la misma las sospechas que tenía, pero como no ha quedado probado que el testigo protegido acudiese anteriormente a la Guardia Civil para comentar sus sospechas y solicitar una grabadora, hemos de ceñirnos a lo que ha quedado probado, y lo probado es que lo primera noticia que tiene la Guardia Civil es la entrega de una grabación.

De los hechos que han podido ser probados, resulta evidente que en fecha 6 de marzo de 2007 el testigo protegido Benigno Juan grabó una conversación que mantuvo en el despacho profesional del acusado Carlos Celso, y es esa la grabación con la que acude a la Guardia Civil, que tras valorar el contenido de dicha grabación, la transcribe y tres días después de haberse producido la grabación de la conversación, el 9 de marzo de 2007 se ordena a la Unidad Orgánica de Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid para que se tomara declaración como denunciante al testigo protegido Benigno Juan.

Posteriormente, el atestado es turnado al Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid que acuerda mediante auto, de fecha 2 de abril de 2007, la incoación de diligencias previas, decretando consigo el secreto de las actuaciones, la condición de testigo protegido de Benigno Juan, la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por Carlos Celso y el libramiento de oficios a una serie de organismos centrales para la realización de un vaciado completo de archivos de varios individuos, todo ello con fundamento únicamente en la transcripción realizada por la Guardia Civil de la supuesta conversación y en la declaración recibida del denunciante.

Como apunta el Ministerio Fiscal, *“la función de la grabación fue corroborar la ‘notitia criminis’, la certeza de lo manifestado por el testigo protegido a la Guardia Civil”*, pero aunque todo parece indicar que el testigo protegido en los días previos puso en conocimiento de la Guardia Civil sus sospechas, como hemos apuntado anteriormente, no se ha podido probar que dicha conversación entre el testigo protegido y la Guardia Civil se produjese, por lo que la Sala Provincial no tiene más opción que afirmar que el elemento que dio origen a las presentes actuaciones fue la grabación, no la denuncia que se produjo 3 días después, ni la anteriormente referida conversación entre la Guardia Civil y el testigo protegido, dado que no existen prueba alguna que permita afirmar que dicha conversación efectivamente se produjo.

Afirma de forma categórica el Ministerio Fiscal en su escrito que *“la actuación de la Guardia Civil no fue contraria a Derecho, ni lesionó el derecho a la intimidad del acusado, ni movió a un juez instructor a dictar ningún auto inmotivado, ni arrastra la nulidad de las pruebas practicadas en la vista oral de autos”*, y con la salvedad de que resulta evidente que la actuación de la Guardia Civil no fue la causante de que el Juez

de Instrucción dictase un auto de incoación de diligencias previas falto de motivación, en relación con el resto de afirmaciones hemos de manifestar nuestra oposición a las mismas, en virtud de lo que a continuación esta parte irá contra-argumentando.

Siguiendo con la estructura seguida por el Ministerio Fiscal en su escrito de casación, y en aras de facilitar la resolución del presente recurso de casación a la Ilustrísima Sala del Tribunal Supremo a la que tenemos el honor de dirigirnos, esta parte se servirá de dicha estructura.

i. Sobre la falta de legitimidad de la grabación por ser privada

Sostiene el Ministerio Fiscal que la grabación ha de ser considerada legítima en tanto que se trata de una conversación privada entre dos particulares, y que por tanto, una grabación de una conversación privada entre dos personas no puede ser considerada vulneradora de la intimidad de uno de los intervinientes.

En el supuesto que nos ocupa, lo que sucede es que la conversación se produce en el despacho profesional del acusado Carlos Celso, y son numerosas las sentencias, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional que otorgan al despacho profesional el carácter de privado y reservado.

Sin ánimo de reproducir las numerosas sentencias que menciona la Sala Provincial como fundamentación jurídica en la que basa el fallo de la sentencia que ha sido recurrida, consideramos traer a colación algunas sentencias relacionadas con el debate que nos acontece.

En este sentido, hemos de partir de una sentencia que fue la primera que sentó las bases del derecho a la intimidad, como es la STC, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 1988 (231/88), que en su FJ 3º recoge que “... *deben tenerse en cuenta las consideraciones que siguen. Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la **existencia de un ámbito***

propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”, pudiendo llegarse a entender, de acuerdo con lo que recoge la sentencia, que un despacho profesional ha de considerarse cuanto menos un ‘*espacio propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás*’ dado que al mismo no acceden todas las personas.

Del mismo modo, y aunque ya se recoja en la sentencia objeto del presente recurso de casación, dada su importancia, hemos de tener en cuenta la SSTEDH 25/09/2001, P.G y J.H c. Reino Unido y 28/01/2003, Peck c. Reino Unido), que en relación a las manifestaciones de la vida privada que son protegibles frente a intromisiones ilegítimas, destaca que “*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente: ‘el de las expectativas razonables de la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno’*”.

Dejando a un lado los términos generales del ámbito privado e íntimo, y ciñéndonos al debate jurídico que ha de abordarse, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia acerca del Artículo 18.1 de la Constitución ha establecido que dicho artículo no solo protege el círculo íntimo en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente de ese espacio íntimo todo aquello que no se considere dentro de dicho ámbito, sino que dicho artículo 18.1, según ha establecido el Tribunal Constitucional en STS 30/01/2012, protege otros ámbitos en los que se “*tenga la expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas*”, como pueda ser un despacho profesional en el que se realizan consultas personales y que en ocasiones discurren sobre asuntos muy personales e íntimos de los clientes.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia STS 01/04/2014 que “*el despacho profesional es una dependencia atribuida a una determinada persona, de la que dependen del consentimiento para facilitar el acceso visual o persona de terceros al mismo*”, es decir, que el titular o dueño de un despacho tiene la expectativa de que lo que acontece o sucede en el interior del mismo pertenece a su esfera íntima y personal.

Además, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia TEDH/2017/61, de 5 de septiembre. Caso Barbulescu contra Rumanía, ha

entendido que el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*, incluye el ámbito privado de las actividades profesionales o actividades que tengan lugar en un contexto público, en concreto recoge la sentencia que *“Las restricciones establecidas en la vida laboral pueden incluirse en el artículo 8 cuando repercuten en la forma en que el individuo forja su identidad social a través del desarrollo de relaciones con otros. Cabe señalar en este punto, que es en el marco de la vida laboral donde la mayoría de la gente tiene muchas, si no la mayoría, de las oportunidades para fortalecer sus lazos con el mundo exterior”*.

Concluye el Tribunal, y es esto lo más importante en este asunto que *“De la jurisprudencia del Tribunal se desprende que las comunicaciones que se emiten desde el puesto de trabajo, así como las del domicilio, pueden incluirse en las nociones de ‘vida privada’ y de ‘correspondencia’ a que se refiere el artículo 8 del Convenio”*, y por tanto, la conversación que el testigo protegido Benigno Juan grabó en el despacho profesional del acusado Carlos Celso forma parte del ámbito privado del acusado Carlos Celso, al haberse producido dentro de un despacho profesional que ha de considerarse un espacio íntimo y reservado.

Todo lo anterior, no impide que se puedan producir injerencias en el ámbito privado e íntimo de las personas, siempre y cuando se cuente con la debida autorización judicial acordada con la motivación necesaria para inferir en un ámbito privado y reservado a la intimidad de las personas.

Por tanto, hemos de concluir que aunque se trata de la grabación de una conversación privada entre dos personas, el hecho de que dicha conversación se produzca en el despacho profesional de uno de los intervinientes, sin contar con la preceptiva autorización judicial, provoca que dicha grabación suponga en cualquier caso una violación flagrante del derecho a la intimidad del acusado Carlos Celso.

ii. Sobre la falta de legitimidad de la grabación, producida en ámbito extraprocesal

Entiende el Ministerio Público que la grabación es válida en tanto que la misma se produjo en un ámbito ajeno a todo proceso, *“hasta el punto de que no se había siquiera iniciado una investigación policial, al no haberse presentado denuncia”*, y si, no le falta razón, pero es ese el motivo de la ilicitud de la grabación obtenida.

Nos encontramos ante una grabación de una conversación privada realizada sin la oportuna autorización judicial, de la que en un principio se dijo que se había producido por cuenta e iniciativa del testigo protegido Benigno Juan, pero de la que posteriormente se dijo, y así ha quedado probado, que la grabadora y la cinta magnetofónicas fueron proporcionadas por la Guardia Civil al referido testigo protegido.

Así las cosas, lo oportuno hubiera sido que en el momento en el que el testigo protegido acude a las dependencias de la Guardia Civil para solicitar una grabadora con el objetivo de grabar una conversación futura que tendría en el despacho profesional del acusado Carlos Celso, la Guardia Civil, en lugar de haberle proporcionado sin ningún miramiento la grabadora, le debería haber tomado declaración, formalizando una denuncia, escrita o de palabra, tal y como recoge el Artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues entendemos que cuando un individuo acude a unas dependencias policiales a solicitar una grabadora para grabar una conversación, es porque entiende que los hechos pueden ser delictivos y que por tanto, algo ha tenido que ver o escuchar para tomar la iniciativa de grabar una conversación.

Ante dicha tesitura, lo coherente y lógico hubiera sido tomar declaración al testigo protegido en el momento que acude a solicitar que se le proporcione una grabadora, que en su caso, hubiese denunciado los hechos a sabiendas de su conocimiento, tal y como obliga el Artículo 264 LECrim., y que en ese momento, la Guardia Civil, de entender que la versión que ofrecía el testigo protegido era suficientemente veraz y verosímil, en cumplimiento de lo recogido en el Artículo 269 de la ya citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, dar cuenta al Juzgado de Instrucción correspondiente para que, cumpliendo con todos los trámites procesales que marca la ley, se dictasen las resoluciones

judiciales correspondientes que permitiesen y autorizasen la grabación de la citada conversación entre los dos individuos.

Pero el presente caso dista mucho de ser lógico y coherente, pues sin que estuviese abierta investigación alguna sobre los referidos hechos, y habiendo quedado acreditado únicamente lo ya expuesto anteriormente, el testigo protegido Benigno Juan solicitó a la Guardia Civil una grabadora, la cual le fue proporcionada por dicha fuerza sin recabar la correspondiente autorización judicial, y sin realizar investigación previa al respecto para conocer el motivo por el que el testigo protegido solicitaba la grabadora.

Nos encontramos así ante una grabación ilícita, cuya ilicitud ha de ser considerada extraprocesal, al producirse dicha obtención de las fuentes de prueba fuera de la esfera o marco de un proceso, propiamente dicho, pues como ya hemos dicho anteriormente, no se había iniciado investigación alguna al respecto

Por su parte, el Ministerio Público en su escrito cita una sentencia y hace constar una serie de frases textuales que expuestas de esa forma tan poco contextual en un escrito poco valor han de tener.

iii. Sobre la ilegitimidad de la grabación, aportada por el testigo protegido

Alega el Ministerio Fiscal que la grabación fue realizada por uno de los interlocutores de la conversación, y que *“no hubo interferencia alguna, por tanto, en las actuaciones de custodia o depósito privado de la grabación, transporte de la misma hasta la oficina de las fuerzas de seguridad y aportación del referido registro a dicha institución”*.

En este punto hemos de realizar una serie de matizaciones, pues hemos de tener en cuenta que la grabación de la conversación se produjo el día 6 de marzo de 2007, pero también que según el atestado que dio origen a las presentes diligencias, la grabadora y la cinta no se entregaron a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid hasta el día 9 de marzo de 2007, es decir, durante 3 días se desconoce dónde permaneció esa cinta que contenía la referida

grabación de la conversación, no recordando el testigo protegido, según comentó en su declaración, donde y a quien entregó la grabadora y la cinta.

Y es que el auto de incoación de diligencias privas, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, de fecha 2 de abril de 2007, se basó exclusivamente en lo que, según el atestado, es la transcripción, realizada por agentes desconocidos de la Guardia Civil, de la grabación supuestamente realizada por el testigo protegido el día 6 de marzo de 2007, por lo que no se puede afirmar de modo categórico que lo transcrito por los agentes en el atestado sea lo efectivamente conversado por los dos intervinientes.

Además, durante el acto de juicio oral no ha prestado declaración ninguna persona que hubiera escuchado la grabación original, pues se desconoce la identidad de las personas que transcribieron la grabación, y las acusaciones no han tenido a bien a solicitar la declaración de dichas personas.

Por si no fuera poco, el Ministerio Fiscal afirma de forma atrevida que *“no hubo interferencia alguna, por tanto, en las actuaciones de custodia o depósito privado de la grabación”*, cuando el propio testigo protegido Benigno Juan afirmó que solo pudo oír el CD donde supuestamente aquella grabación se había copiado, declarando en el plenario que no reconoció ni las voces que aparecen registradas en la parte final.

Resulta cuanto menos curioso que ni la propia persona que grabó la conversación y que participó en la misma diga que no reconoce las voces que en ese CD se recogen; curioso porque, en principio, y si lo copiado en el CD es efectivamente la grabación que el testigo protegido entregó a la Guardia Civil, solo puede haber dos voces, la del propio testigo protegido y la del acusado Carlos Celso, resultando muy sorprendente que uno de los implicados no se atreva a reconocer a quien pertenecen las voces que, supuestamente, pertenecen a una conversación en la que el mismo participa.

Por todo lo anterior, no podemos asegurar que en la conversación no se produjesen interferencias, dejando patente que la falta de diligencia en la cadena de custodia de dicha grabación.

iv. Sobre la falta de legitimidad de la grabación, por la relevancia de la influencia del testigo sobre su contenido

El Ministerio Fiscal apunta que el hecho de que el testigo protegido estuviese continuamente haciendo referencias a la entrega de sobornos, no disminuye ni la licitud de la grabación ni su eficacia.

Ahora bien, ¿le hubiese sido útil al testigo protegido y a la Guardia Civil la grabación de una conversación en la que el acusado no haga referencia alguna a la entrega de sobornos? A decir verdad, la citada grabación de la conversación lo que buscaba era una confesión involuntaria del acusado, es decir, que hablase abiertamente de la solicitud y entrega de sobornos, y para ello, la Guardia Civil sabía que era parte fundamental el papel que jugaba el testigo protegido.

Resulta lógico pensar que si entregas una grabadora a un testigo protegido para que acuda a una conversación es porque estás en el convencimiento de que dicho testigo protegido hará todo cuanto esté en su mano por sacar información al otro interlocutor pues el fin de dicha conversación grabada es la obtención de pruebas que incriminen al interlocutor o a tercero, pues una grabación vacía de contenido delictivo tendría poca eficacia a efectos de prueba del delito, y prueba de todo lo anterior son las continuas preguntas efectuadas por el testigo protegido Benigno Juan a Carlos Celso y que aparecen recogidas en los hechos probados, intentando derivar la conversación hacia el asunto de la petición de cantidades de dinero, dejando claro que lejos de ser, como sostiene el Ministerio Fiscal, una conversación libre sincera y voluntaria, podemos observar que más bien ocurre todo lo contrario, pues lo que se pretende es la obtención de una confesión por parte del acusado Carlos Celso totalmente involuntaria y provocada por parte del testigo protegido Benigno Juan.

v. Sobre la falta de legitimidad de la grabación, siendo por aplicación del principio ‘nemo tenetur’

Efectivamente, y aunque el principio ‘*nemo tenetur*’ o el derecho a no confesarse culpable solo opera en las relaciones con autoridades judiciales o policiales, en este caso, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante una conversación de la cual la

Guardia Civil tenía conocimiento, pues de forma previa a la conversación había facilitado al testigo protegido e interviniente en dicha conversación una grabadora a los efectos de grabar el contenido de la misma, y por tanto, es lógico entender que dicho testigo protegido acudió al despacho profesional del acusado Carlos Celso con claras instrucciones, por parte de la Guardia Civil, de obtener declaraciones incriminatorias por parte del acusado Carlos Celso.

Resulta patente que no ha sido la autoridad judicial o la Guardia Civil quien ha obligado a la confesión de culpabilidad del acusado Carlos Celso, pero igual de plausible resulta pensar que detrás de las intenciones con las que acudió el testigo protegido al despacho profesional de Carlos Celso estaba la de buscar una confesión de culpabilidad por parte de este, y es por ese motivo por el que esta parte ha considerado y considera que se ha vulnerado el principio de *‘nemo tenetur’*.

vi. Sobre la falta de legitimidad de la grabación, al existir dudas sobre la no interferencia en la misma de las fuerzas de seguridad

El Ministerio Fiscal afirma, haciéndose eco de una sentencia que establece que “*el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer*”, que en el supuesto que nos ocupa no se produce vulneración del secreto de las comunicaciones en tanto que ha sido uno de los intervinientes en la conversación quien ha desvelado el contenido de la misma, añadiendo que aunque se trate de una grabación realizada de forma subrepticia y no autorizada, el contenido de la conversación no puede ser considerado secreto, dado que se ha publicado por quien lo emite y tampoco se ha interferido porque lo ha recibido la persona a la que se había dirigido el mensaje del acusado Carlos Celso, y no un tercero.

Hemos de tener en cuenta que la Real Academia de la Lengua Española define el ‘secreto’ como “*Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta*”, y en ese sentido la famosa sentencia STC 114/1984, de 29 de noviembre, siendo ponente el Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, en su F.J. 7º establece que el secreto “*se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*”, debiéndose entender en este

caso que la supuesta confesión involuntaria que se produjo por parte del acusado Carlos Celso se hizo en un ambiente de confianza en un ámbito privado y reservado como es el despacho profesional, y haciendo referencia a aspectos que el acusado Carlos Celso tenía la intención de tener reservados, ocultos.

De la anterior doctrina del Tribunal Constitucional puede entender que no toda comunicación es necesariamente íntima, pero si toda comunicación es secreta, y por tanto, resulta evidente que el hecho de que uno de los intervinientes en la conversación privada difundiese el contenido de la misma, convierte dicha difusión en una clara vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, al derecho a que lo manifestado a un interlocutor en un ámbito privado y reservado quede en secreto, oculto, salvo consentimiento del interlocutor para poder difundir dicho contenido.

Por lo anterior, resulta evidente el error que comete el Ministerio Fiscal al afirmar que en la conversación grabada y posteriormente difundida no es ni secreto, ni se encuentra interferida, en tanto que como hemos visto, y al tratarse algo que corresponde al ámbito personal, íntimo y reservado, y por tanto, puede ser considerado como un secreto, y dicha conversación si ha sido interferida, en tanto que se grabó con el único fin de ser difundida a terceros, que en este caso son miembros de la Guardia Civil que, para más inri no han sido identificados, es decir, que en este caso actúan como terceros anónimos que se limitaron a plasmar supuestamente en un CD lo recogido en la grabación, sin que se volviese a saber nada de su identificación.

Vuelve a afirmar de forma categórica el Ministerio Fiscal que *“la Guardia Civil no se interpuso, ni interfirió en modo alguno la grabación de autos. La Benemérita no interfirió, ni tampoco llegó a conocer el mensaje registrado por el testigo, hasta la presentación de la denuncia”*, ante lo cual esta parte no puede sino mostrar perplejidad ante la facilidad del Ministerio Fiscal para asegurar algo que no ha resultado probado.

Llegados a este punto, hemos de volver a hacer las matizaciones que hicimos anteriormente y que ahora, de forma más somera, trataremos de analizar pues ocurre que la grabación de la conversación se produjo el día 6 de marzo de 2007, pero según el atestado, la grabadora y la cinta no se entregaron a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid hasta el

día 9 de marzo de 2007, transcurriendo 3 días donde se desconoce dónde permaneció la grabación, ni por supuesto, en manos de quien, pues el testigo protegido dijo que no recordaba donde y a quien entregó la grabadora y la cinta.

Resulta cuanto menos sorprendente que no se cuente con la grabación original, y que el Juez Instructor no pusiera empeño o diligencia alguna en conocer el paradero de dicha grabación, pues el auto de incoación de diligencias previas se basó, como apuntamos anteriormente, en lo que, según el atestado, es la transcripción, realizada por agentes desconocidos de la Guardia Civil, de la grabación supuestamente realizada por el testigo protegido el día 6 de marzo de 2007.

En este caso y analizando lo ocurrido, esta parte no se atreve a afirmar que lo transcrito por los agentes en el atestado sea lo efectivamente conversado por los dos intervinientes, teniendo en cuenta además que se desconoce por completo la identidad de las personas que transcribieron dicha grabación.

Por si no fuera suficiente, el propio testigo protegido Benigno Juan aseguró que solo pudo oír el CD donde supuestamente dicha grabación se había copiado, declarando en el plenario que no reconoció ni las voces que aparecen registradas en la parte final.

Esta parte no puede más que mostrar su sorpresa ante la afirmación del testigo protegido, interlocutor de la referida conversación grabada, el cual no reconoce las voces que en ese CD se recogen y que supuestamente es la grabación original de la conversación.

Dado que con lo único que se cuenta es con las declaraciones del testigo protegido, en tanto que se desconoce la identidad de los agentes que recibieron la grabación original, no podemos ni afirmar ni negar que la Guardia Civil se interpusiera, ni interfiriera en la referida grabación, básicamente por falta de pruebas que así lo corroboren.

Continúa el Ministerio Fiscal añadiendo que *“de no haber resuelto dicho testigo presentar la denuncia acompañada del soporte magnetofónico referido, la Guardia Civil jamás habría tenido el más mínimo conocimiento de lo acontecido en la conversación, ni tan siquiera habría alcanzado a saber que la referida entrevista*

hubiera tenido lugar. El encuentro no fue programado, ni fue vigilado, ni orientado, ni condicionado en modo alguno por la Guardia Civil”.

En este punto hemos de añadir que es difícil que la Guardia Civil no hubiese tenido conocimiento de las sospechas del testigo protegido pues resulta entendible que la Guardia Civil antes de proporcionarle la grabadora y la cinta magnetofónica, le preguntase, o al menos, indagase mínimamente cual era el motivo de la reunión, o cuanto menos, cuáles eran las sospechas que llevaron al testigo protegido a solicitar una grabadora, siendo lógico entender que hubiese resultado complicado que el testigo protegido no entregase la grabación a la Guardia Civil pues previamente había solicitado una grabadora a dicha fuerza.

Lo anterior resulta referible también a la afirmación relativa a que la Guardia Civil de no haberse entregado la grabación no habría tenido conocimiento de dicha reunión en el despacho profesional del acusado Carlos Celso.

No es programado la palabra correcta para definir la reunión, pero entendemos que de forma previa a la reunión del día 6 de marzo de 2007, el testigo protegido habría concretado una cita con Carlos Celso, una cita que imaginamos y entendemos que el testigo protegido sabía sobre qué temas iba a trascurrir, motivo por el cual solicitó la grabadora, y no vigilado, pero si orientado y condicionado, pues el fin de dicho encuentro no era otro que la obtención de una confesión delictiva, y para obtener dicha confesión por parte del acusado Carlos Celso, esta parte entiende que resulta comprensible que la conversación estuviese mínimamente preparada y orientada a la consecución del fin con el que el testigo protegido acudió a la misma que no fue otro que la obtención de una confesión por parte del Carlos Celso.

El Ministerio Fiscal continúa y sostiene que la actuación del testigo protegido no puede ser asimilada a la de una ‘*superioridad institucional*’, la cual existe cuando se procura una confesión extraprocesal, arrancada mediante engaño, desde la posición de agente de la autoridad, y en el caso de autos, el testigo protegido programó una reunión en el despacho del acusado con el objetivo de obtener una confesión incriminatoria por parte del acusado Carlos Celso, utilizando para ello expresiones que hicieron pensar al acusado Carlos Celso que las intenciones con las que el testigo protegido acudió ese día

a la reunión eran otras que las que realmente le movieron a acudir a dicha reunión, que no era otra que la de grabar una conversación privada que incriminara al acusado Carlos Celso y no la de seguir con el asesoramiento en sus proyectos de hostelería.

Todo lo anterior, unido a que el testigo protegido previamente había acudido a la Guardia Civil para solicitar una grabadora y una cinta magnetofónica con la que grabar la conversación, hace que podamos entender que acudió a dicha reunión, no ya por su simple cuenta e iniciativa, sino con alguna orientación demás dada por la Guardia Civil sobre lo que debía conseguir del acusado Carlos Celso.

Concluye en este apartado el Ministerio Fiscal que la grabación no ha lesionado ninguno de los derechos fundamentales del acusado, entendiendo que la decisión procesal impugnada que acuerda declarar nula la grabación, así como por contaminación, la denuncia, la testifical y todas las pruebas practicadas es lesiva de los alegados derechos fundamentales del recurrente, interesando la revocación de la sentencia por la Sala de Casación.

Y en este punto, resulta evidente que la grabación se realizó de forma extraprocesal, fuera del marco de una investigación, sin que conste que existiese investigación abierta formalmente respecto de los hechos en cuestión, que se realizó sin la oportuna autorización judicial, dentro de un ámbito privado como es el despacho profesional del acusado Carlos Celso, como vimos anteriormente, y por tanto, vulnerando su derecho fundamental a la intimidad, recogido en el Artículo 18.1 de la Constitución, así como produciéndose vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del Artículo 18.3, y cuanto menos una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del Artículo 24.2, pues como ya hemos visto, se dictó un auto de incoación de diligencias previas, en el que además, se acordaban una serie de medidas cautelares que suponían una injerencia personal para los afectados, falto de toda motivación.

Lo anterior sirva tan solo de apunte pues nos centraremos detenidamente en ello al final del presente escrito de impugnación, analizando la teoría en la que la Sala Provincial fundamenta su fallo.

vii. Sobre la falta de legitimidad de la grabación, al actuar el testigo protegido como un instrumento dirigido por las fuerzas de seguridad

Acertadamente el Ministerio Fiscal considera que *“la sentencia reconduce la actuación del testigo protegido, asimilándola en cierto modo, a la de un agente de la autoridad”*, efectivamente, la sentencia **asimila en cierto modo**, sin llegar a atribuir de forma rotunda y efectiva el papel de agente de la autoridad al testigo protegido, es decir, se limita a establecer una serie de similitudes entre la figura del agente de la autoridad y la actuación llevada a cabo por el testigo protegido, sin que en ningún momento asegure que el testigo protegido fue en realidad un agente de la autoridad.

La Sala Provincial recurre a la asimilación con esta figura pues la realidad de la actuación por parte del testigo protegido se asimila más a la de agente de la autoridad que a la figura del denunciante, dado que el denunciante primero denuncia y posteriormente colabora con la autoridad judicial en el desarrollo de la posterior investigación, pero en el asunto que aquí nos atañe, el testigo protegido acude a la Guardia Civil en un primer momento, no para denunciar unos hechos, que hubiera sido lo pertinente, sino para erigirse héroe y solicitar una grabación para conseguir grabar de forma totalmente subrepticia una conversación que iba a mantener con el acusado Carlos Celso.

Su objetivo, al fin y al cabo, es el mismo que persigue un agente de la autoridad, la consecución de una declaración o confesión de un delito por parte de un implicado en las sospechas delictivas, utilizando para ello una serie de artimañas; en este caso, el testigo protegido concreta una cita con el acusado Carlos Celso haciéndole creer a este que su intención es servirse de los servicios profesionales de Carlos Celso, pero en realidad, su única intención, y así se desprende de lo transcrito en el atestado, que supuestamente es lo que realmente ocurrió en esa conversación, es conseguir que el acusado Carlos Celso confiese involuntariamente la realización de unos hechos delictivos, y es por esos motivos, por los que la Sala provincial **asimila en cierto modo** la actuación del testigo protegido a la de la figura de agente de la autoridad.

Menciona una sentencia que lo que recoge es la actuación que en realidad ha de tener un denunciante, que es la de denunciar en un primer momento sus sospechas, y posteriormente colaborar, pero en este caso no es lo que realmente ocurrió, pues como ya hemos visto, la denuncia no fue lo primero que se produjo en el tiempo, sino que lo primero que se produjo fue una grabación.

viii. Delito provocado

Comete un grave error el Ministerio Público en su escrito al afirmar que “*la Sala provincial haya considerado que la actuación de la Guardia Civil provocara el delito investigado*”, cuando en realidad la Sala Provincial en ningún momento realiza tal afirmación.

La sentencia recoge expresamente que “*el Tribunal considera que existe una clara incitación por parte del testigo con una evidente finalidad de preconstitución probatoria*”, es decir, la Sala lo que sostiene es que el testigo protegido, como es obvio y resulta coherente, dado que el objetivo con el que acudió a la reunión en el despacho del acusado Carlos Celso grabadora en mano, era el de conseguir la confesión de una serie de hecho delictivos, sus intervenciones en la conversación están dirigidas a buscar dicha confesión, sin que la Sala Provincial catalogue dicha actitud como un delito provocado, sino simplemente recoge una sentencia en la se establece el concepto de delito provocado, así como también otra en la que se recoge el concepto de incitación, para seguidamente volver a afirmar que “*En el supuesto de autos es claro que el interlocutor grabado (Carlos Celso) no realizado las manifestaciones de forma espontánea, sino que le fueron extraídas de un modo torticero*”, refiriéndose a que el testigo protegido continuamente dirigió la conversación a la petición de sobornos, en busca de expresiones que implicaran la confesión de una serie de hechos delictivo.

Pero una cosa es entender y decir que el testigo protegido buscaba una declaración por parte del acusado Carlos Celso que supusiera la confesión de una serie de delitos, y otra muy distinta es afirmar, como hace el Ministerio Fiscal, que la Sala Provincial haya considerado que la Guardia Civil provocó el delito, pues no es así.

La Guardia Civil se encuentra ante una situación en la que, en principio y hasta donde ha quedado probado, lo único que tuvo que hacer fue facilitar al testigo protegido una grabadora, ante lo cual, esta parte entiende que la Guardia Civil pudo aconsejar al testigo protegido sobre cómo debía trascurrir la conversación para que el acusado Carlos Celso ofreciese confesión de lo que se buscaba, pero en ningún momento la Sala Provincial se dice y esta parte no puede permitir que se afirme lo contrario, que la Guardia Civil o el testigo protegido provocaron que el acusado Carlos Celso cometiera un delito.

ix. Resolución de caso análogo por STS 26 de junio de 2015

El Ministerio Público termina apoyando toda su argumentación en una sentencia STS, de 26 de junio de 2015, muy coherente que viene a admitir la grabación de una conversación entre el denunciante y un tercero, mientras la policía vigilaba dicha conversación, y sí, sentencias a favor o en contra de la postura que cada parte defienda habrá más de una.

Si nos quedamos tan solo en la superficie de la parte transcrita textualmente por el Ministerio Público en su escrito, pareciera que la sentencia que refiere el Ministerio Fiscal es idéntica al caso que aquí nos ocupa, y pudiera serlo, pero en dicha sentencia, el Tribunal Supremo recoge que *“Nuestra jurisprudencia ha declarado que la introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documental, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas”*, es decir, que es prueba lícita la grabación efectuada por un particular siempre y cuando en la sesiones del juicio oral sea escuchada de forma directa el contenido de las cintas originales, o al menos se lea la transcripción de la grabación habiendo sido previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, o al menos, testimonio directo de los agentes de las escuchas.

La citada sentencia pierde validez y calidad argumental en el asunto de autos en tanto que, como ya hemos expuesto anteriormente, no consta en poder del Juzgado la cinta original, la transcripción de la declaración no ha sido cotejada con el original por el Secretario Judicial, principalmente porque no se cuenta con la cinta original, y no se ha podido tomar declaración a los agentes que escucharon la grabación dado que de los mismos no se conoce su identidad y las acusaciones han guardado silencio sepulcral al respecto.

Por tanto, aunque los hechos de dicha sentencia puedan ser parecidos, la argumentación que en la misma se hace, deja claro que dicha sentencia, lejos de apoyar la tesis sostenida en el presente recurso por el Ministerio Fiscal, lo que hace es apoyar la tesis sostenida por la Sala Provincial, al no poder tener como válidas una prueba consistente en una grabación que no reúne los requisitos necesarios para ser introducida válida y eficazmente a efectos probatorios en el plenario.

QUINTO. La lesión de derechos del Fiscal

Entiende el Ministerio Fiscal, que la sentencia impugnada, al declarar nulas las pruebas propuestas por dicha parte acusadora, supone una lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva del Artículo 24.1 de la Constitución Española, e indirectamente, entiende la parte recurrente que ha sido vulnerado su derecho a ser parte en un proceso que respete las garantías procesales, recogido en el Artículo 24.2.

En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva recoge a su vez, el derecho al acceso libre a la jurisdicción, derecho a la motivación de una resolución de fondo, a ejercitar los recursos legalmente previstos, entre otras cosas.

En el asunto que aquí nos atañe, el Ministerio Fiscal sostiene que se le ha privado de su derecho de acceso a la jurisdicción, recogido en el Artículo 24.2 de la Constitución, si bien es cierto que no resulta oportuno ni siquiera entrar a valorar esa posible vulneración, en tanto que el Ministerio Fiscal en el presente caso ha sido quien ha sostenido la principal acusación en el presente procedimiento; la resolución judicial que ahora se impugna no se puede decir que no esté motivada, otra cosa es que la resolución

sea acertada o errónea, cuestión que tendrá que resolver la Excelentísima Sala del Tribunal Supremo a la que nos dirigimos, pero la Sala Provincial ha motivado de forma suficiente su postura, aportando jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El hecho de que nos encontremos en esta fase ante el Tribunal Supremo, evidencia a todas luces que se le ha permitido al Ministerio Fiscal el uso de los recursos que legalmente estaban previstos.

Por su parte, considera el Ministerio Fiscal que ha sido vulnerado su derecho a proponer y practicar prueba en defensa de su posición procesal, cometiendo un error muy común, pues normalmente en los recursos de este tipo se confunde el derecho a proponer y a practicar prueba y el hecho de que ese medio de prueba propuesto válidamente sea admitido una vez haya sido valorado.

Existen multitud de sentencias que recogen que el derecho de prueba del Artículo 24.2 no es un derecho de prueba ilimitado; en este sentido, El Tribunal Constitucional en su famosa STC 149/1987, de 30 de septiembre (Recurso de amparo nº 758/1986) declaró que *“Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el derecho fundamental que el art. 24 de la Constitución reconoce y consagra **no faculta para exigir la admisión judicial de cualquiera pruebas que puedan las partes proponer**, sino para la solicitud y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo el juicio sobre la pertinencia de las pruebas al juzgador ordinario, el cual habrá de llevarlo a cabo de acuerdo con el carácter fundamental que a este derecho otorga la Constitución y explicitarlo por exigencia no sólo de las leyes procesales, sino de la norma constitucional”*.

Por su parte, el Tribunal Supremo en su STS 1627/2002, de 8 de marzo de 2012 (Recurso de casación nº 1891/2000) declaró que *“**El derecho a la prueba se configura como derecho fundamental, como se alega en el motivo siguiente, y es inseparable del mismo derecho de defensa pero no es ilimitado como ningún otro**. No existe un derecho incondicional a la prueba. No se puede desapoderar a los órganos judiciales de la competencia que le es propia para apreciar su pertinencia y necesidad (SSTC 59/91 y 206/94), que es lo que dice, en definitiva, el art. 659 de la LECr al establecer*

que el Tribunal dictará auto admitiendo las que considere pertinentes "rechazando las demás".

Por lo anterior, esta parte considera que no han sido vulnerados los derechos constitucionales alegados por el Ministerio Fiscal, y es que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa que recoge el Artículo 24.2 de la Constitución Española, como hemos visto no tiene un carácter ilimitado, sino que los medios de pruebas han de ser pertinentes, es decir, entre otras cosas han de ser lícitos, y uno de los límites que tiene la licitud de la prueba es que dichas pruebas no hayan sido obtenidas, directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales, tal y como recoge el Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en lo que a este aspecto se refiere, en el presente asunto ocurre que la grabación ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales y que por tanto, no puede ser considerada como un prueba lícita, y por ende no puede ser admitida, sin que ello suponga una vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba.

SEXTO. Procedencia de la declaración de nulidad de la sentencia impugnada

Finalmente, el Ministerio Fiscal interesa que, casándose la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial de Madrid, *“se declare que ha habido lesión de los derechos fundamentales citados anteriormente, del recurrente, se revoque la sentencia impugnada, y se ordene a la Sala provincial, integrada con otros magistrados, para asegurar la imparcialidad, que celebre nueva vista, en la que se valore, como prueba lícita, la grabación y su transcripción, así como la denuncia y testificales, y todas las pruebas propuestas por el Fiscal y cuya nulidad fue decretada en la sentencia impugnada”*.

De forma subsidiaria, en caso de que la Sala del Tribunal Supremo considere que el Tribunal de instancia no ha perdido su imparcialidad al declarar la nulidad de las pruebas y absolver a los acusados interesa *“se declare la nulidad de la Sentencia, ordenándose a la Sala recurrida que dicte otra, valorando las pruebas en la forma interesada”*.

SÉTIMO. Sobre la acertada decisión de la sentencia de la Sala Provincial

Si bien es cierto, anteriormente esta parte ha ido contra argumentando la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid realizada por el Ministerio Fiscal, con consonancia con la estructura del escrito impugnatorio del Ministerio Público, esta parte considera oportuno ampliar el análisis de la sentencia recurrida, estructurando dicho análisis en los siguientes apartados:

i. Versión coherente y lógica del relato de hechos

Tal y como apuntábamos anteriormente, el relato de hechos probados realizado por la Sala Provincial no puede resultar más coherente y lógico, teniendo en cuenta el desarrollo de la instrucción y la certeza de hechos probados con los que cuenta.

Una cosa es afirmar, como hace el Ministerio Fiscal en su escrito casacional, que la sentencia ofrece una versión de hechos probados poco consistente, y otra cosa distinta es que la Sentencia no pueda ofrecer otra versión más lógica y ordenada de dichos hechos, teniendo en cuenta la falta de datos certeros sobre lo ocurrido durante aquellos primeros momentos de la instrucción.

Los hechos probados de las sentencia han de consistir en eso precisamente, es decir, en hechos que, efectivamente, el tribunal sentenciador entienda que han quedado acreditados, por haberse aprobado durante el plenario, o por no haber sido discutidos, y eso es lo que hace la Sala Provincial en su sentencia, ceñirse a los hechos probados y no a incluir conjeturas o suposiciones faltas de toda diligencia probatoria.

Así las cosas, y aunque pudiera entenderse o suponerse que antes de que el día 6 de marzo de 2007, el testigo protegido Benigno Juan acudiese a las dependencias de la Guardia Civil a recoger la grabadora y la cinta magnetofónica, dicho individuo acudió anteriormente a dichas dependencias para solicitar que le fuera proporcionada la citada grabadora, la Audiencia Provincial se ciñe a lo probado, y ello es que *“El día 6 de marzo de 2007, en las dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la*

Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos), guardias civiles no identificados entregaron a Benigno Juan una grabadora de pequeñas dimensiones y una cinta magnetofónica con la finalidad de que grabara la conversación que iba a tener lugar ese mismo día en el despacho profesional de la persona que realizaba los proyectos técnicos en sus negocios de hostelería, Carlos Celso, con quien mantenía una antigua relación de confianza”.

Continúa la exposición de hechos recogiendo que “*La grabación debía hacerse sin conocimiento del interlocutor*”, lo cual resulta entendible, pues si el fin que perseguía la grabación era la confesión involuntaria del acusado Carlos Celso de una serie de hechos delictivos, si dicho acusado hubiese sabido que dicha grabación iba a ser grabada, tal vez no habría realizado determinadas manifestaciones que efectivamente sí realizó.

“Tres días después, el 9 de marzo de 2007, tras valorar el contenido de lo grabado, desde la Jefatura de dicha Unidad, se ordenó a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, que se tomara declaración como denunciante al Sr. Benigno Juan”, lo cual puede resultar sospechoso, pues la solicitud de declaración del denunciante Benigno Juan no se produjo hasta 3 días después de que se produjese la conversación grabada.

Durante esos tres días nadie sabe, o al menos, no ha resultado probado en el plenario lo que ocurrió, y es por ello que la Sentencia Provincial no puede hacer valoraciones acerca de lo que pudo ocurrir durante esos tres días, pues no ha tenido oportunidad de ser probado, aún a sabiendas de que dicha falta de conocimiento probatorio de lo ocurrido durante esos tres días hace que el relato de hechos que falto de información.

“En el atestado levantado al efecto ese mismo día no se hizo referencia alguna a que los medios técnicos con los que se grabó la conversación habían sido facilitados en dicha Unidad. Por el contrario, de la lectura del atestado resultaba que había sido aquel, "motu proprio", quien había decidido grabarla con sus propios medios, haciendo entrega después de la grabadora con la cinta magnetofónica a la Guardia Civil”, no teniendo en este caso, la Sala Provincial, más que ceñirse a lo recogido en el atestado.

“Ni la grabadora ni la cinta magnetofónica con la conversación supuestamente registrada fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción”, y eso es un hecho probado,

al igual que la falta de identificación de los agentes de la Guardia Civil que entregaron la grabadora al testigo protegido, pues el paradero de dicha grabadora es un absoluto misterio.

“Tras ser turnado el atestado al Juzgado de Instrucción nº 32, con fundamento únicamente en la transcripción de dicha supuesta conversación y en la declaración recibida al denunciante en dependencias de la Guardia Civil, se acordó, mediante auto de fecha 2 de abril de 2007, la incoación de diligencias previas, el secreto de las actuaciones por tiempo de un mes, la condición de testigo protegido de Benigno Juan , la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por Carlos Celso , de números NUM064 y NUM065 y que se librasen sendos oficios a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la a la Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de un vaciado completo de sus archivos de los últimos 4 años relacionados con Carlos Celso, Balbino Enrique y Visitación Herminia”.

Se trata de hechos que no admiten discusión, son hechos probados, y por tanto, irrevocables en fase de casación, y en este caso, como ocurre en el caso del atestado, la Sala Provincial ha de ceñirse a lo que se recoge en dicho auto de incoación de diligencias previas.

Las conclusiones a las que llegue la Sala Provincial no forman parte del relato fáctico de hechos, pues dicho relato ha de estar integrado únicamente por datos probados, y sin ánimo de reiteración, no es este momento procesal el oportuno para entrar a cuestionar o valorar los hechos probados a los que ha llegado la Sala Provincial, tal y como pretende hacer el Ministerio Público.

Termina la Sala Provincial resaltando una evidencia, y es que en este asunto la piedra angular es la grabación de la conversación, y no la denuncia por parte del testigo protegido Benigno Juan.

Esta parte no puede sino respetar el relato de hechos realizado por la Sala Provincial, pues aunque resultaría beneficioso para los intereses de esta parte que pudieran conocerse más datos de cómo se orquestó la referida grabación, la identificación de los

agentes de la Guardia Civil que entregaron la grabadora al testigo protegido, que ocurrió en los días previos a la grabación de la conversación, como transcurrió la solicitud por parte de Benigno Juan de la grabadora a la Guardia Civil, que ha sido del paradero de la cinta original, no es menos cierto que la Sala Provincial no ha tenido ocasión de disponer de más datos que los que aparecen recogidos en la sentencia impugnada.

ii. Vulneración de derechos fundamentales a raíz de la grabación y durante la fase de instrucción.

Si bien es cierto, la grabación por parte de un particular de una conversación en la que el mismo interviene, *per se*, en principio no supone vulneración del derecho fundamental alguno, pero en el presente asunto lo que ocurre es que la grabación de la conversación por parte del testigo protegido Benigno Juan se produce en el despacho profesional del acusado Carlos Celso, y como bien ha explicado la sentencia recurrida, apoyándose en numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y como acertadamente hemos apuntado anteriormente, el despacho profesional es considerado por la doctrina como “una dependencia atribuida a una determinada persona, de la que dependen del consentimiento para facilitar el acceso visual o persona de terceros al mismo”, (STS 01/04/2014), es decir, que el titular o dueño de un despacho tiene la expectativa de que lo que acontece o sucede en el interior del mismo pertenece a su esfera íntima y personal.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su STS 30/01/2012, establece que el derecho a la intimidad del Artículo 18.1 de la Constitución protege, no solo el ámbito íntimo y familiar, sino también otros ámbitos en los que se “*tenga la expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas*”, como pueda ser un despacho profesional en el que se realizan consultas personales y que en ocasiones discurren sobre asuntos muy personales e íntimos de los clientes.

En definitiva, resulta cuanto menos plausible que la grabación de una conversación privada entre dos personas, sin la preceptiva autorización judicial, sin haberse ni siquiera iniciado investigación alguna al respecto, y unido el hecho de que dicha conversación se produjo en el despacho profesional de uno de los intervinientes, hace

que dicha grabación suponga en cualquier caso una violación flagrante del derecho a la intimidad, recogido en el Artículo 18.1 de la Constitucional, del acusado Carlos Celso.

Como hicimos anteriormente, en este punto resulta oportuno traer a colación la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia TEDH/2017/61, de 5 de septiembre. Caso Barbulescu contra Rumanía, la cual ha considerado que el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la vida privada, protege a los ciudadanos de las injerencias que se produzcan en el ámbito de sus actividades profesionales, siendo el despacho de Carlos Celso un espacio profesional digno de protección debido a su consideración como un espacio íntimo y reservado.

Y ello sería suficiente para determinar la ilicitud probatoria de dicha grabación que da pie a toda la investigación, en base a la aplicación del Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que *“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

Resultaría **innecesario, siquiera, entrar a valorar si dicha grabación también ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pues resulta evidente la vulneración del derecho fundamental a la intimidad del acusado Carlos Celso que ha producido dicha grabación, pero** el Artículo 18.3 de la Constitución también garantiza como fundamental el derecho a que se garantice el secreto de las comunicaciones.

En este sentido, y como apuntábamos anteriormente lo primero que hemos de quedar resuelto es que debemos entender por secreto y resulta apropiada por su importancia la sentencia STC 114/1984, de 29 de noviembre, siendo ponente el Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, que en su F.J. 7º establece que el secreto *“se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenida y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”*, entendiendo por tanto, en el presente asunto, que la difusión por parte del testigo protegido de la conversación mantenida con el acusado Carlos Celso dentro del ámbito privado del despacho profesional de este en un ambiente de confianza supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en tanto que el acusado Carlos Celso no tenía intención de que lo

manifestado en dicha conversación fuese difundido, queriendo que dicha información permaneciese oculta, o cuanto menos, reservada.

Como ya dijimos anteriormente la doctrina del Tribunal Constitucional entiende que toda comunicación es secreta, y por tanto, resulta evidente que el hecho de que uno de los intervinientes en la conversación privada difundiese el contenido de la misma, convierte dicha difusión en una clara vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, una vulneración del derecho a que lo manifestado a un interlocutor en un ámbito privado y reservado quede en secreto, oculto, salvo consentimiento del interlocutor para poder difundir dicho contenido.

Por último, esta parte considera que se ha visto vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el Artículo 24.2 de la Constitución, en tanto que se ha de entender que el auto de incoación de diligencias previas, de fecha 2 de abril de 2007 cuanto menos peca de falta de motivación, pues el mismo decreta una serie de medidas cautelares como son el secreto de las actuaciones, la condición de testigo protegido de Benigno Juan, la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por Carlos Celso y el libramiento de oficios a una serie de organismos centrales para la realización de un vaciado completo de archivos de varios individuos, basándose únicamente en la transcripción realizada por la Guardia Civil de la supuesta conversación y en la declaración recibida del denunciante.

Resulta evidente que el Juez Instructor no realizó investigación alguna del paradero de la cinta original que contenía la grabación de la conversación, ni de la identificación de los Guardias Civiles a los que se entregó dicha grabación, basándose, como decimos, para dictar un auto tan importante y lesivo para los intereses de los afectados, únicamente en una transcripción que hemos de entender que se refiere supuestamente a la conversación grabada y en la declaración recibida del denunciante.

Por todo lo anterior, resulta evidente la vulneración de derechos fundamentales que se ha producido desde el inicio de esta operación, principalmente en la obtención de una grabación en la que resulta evidente la vulneración del derecho a la intimidad del acusado Carlos Celso.

iii. Aplicación acertada de la teoría del ‘árbol envenenado’ por la ilicitud de la grabación

En este punto, hemos de partir de lo recogido en el Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece que “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. **No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales**”.

En atención a ello, bastaría para considerar acertada la actuación de la Sala Provincial, que se probase la vulneración de algún derecho fundamental como es el derecho a la intimidad del Artículo 18.1 de la Constitución Española, lo cual ha resultado acreditado de acuerdo con lo anteriormente expuesto.

En cualquier caso, como bien hace la sentencia recurrida, esta parte en el presente escrito tiene a bien realizar una argumentación suficiente, y en este sentido hemos de partir de la sentencia del Tribunal Constitucional, STC 114/84, de 29 de noviembre, que aunque aún no existía el Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Fundamento Jurídico 4º recoge que *“aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. (...) Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el deterrent effect propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)”*, dejando clara su postura.

Aun así añade que *“En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos.*

Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infra constitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad (de los derechos fundamentales), relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

Es decir, la verdad probatoria nunca puede prevalecer sobre la vulneración de derechos fundamentales, y en el presente caso, hemos de entender que el hecho de que con la referida grabación de la conversación entre el testigo protegido Benigno Juan y el acusado Carlos Celso se pusiesen de manifiesto una serie de hechos delictivos, el hecho de haberse obtenido dicha grabación con una clara vulneración de derechos fundamentales del acusado, hace que estos derechos fundamentales prevalezcan sobre la verdad probatoria, y en consecuencia, dicha prueba vulneradora de derechos fundamentales no pueda ser tenida como válida.

Esta sentencia es muy importante para el presente asunto pues además, en su Fundamento Jurídico 5º hace tambalear la posición del Ministerio Fiscal al afirmar que se ha vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, pues afirma que *“constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución). El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido”.*

Resulta oportuno, como bien hace la sentencia impugnada, de forma acertada a criterio de esta parte, traer a colación la ‘Doctrina de los frutos del árbol envenenado’, la cual supone la prohibición de valorar no solo la prueba que es considerada ilícita por vulneración de derechos fundamentales, sino que el alcance de dicha prohibición también afecta a las pruebas que, si bien son lícitas, tienen su origen en la prueba inicial considerada como lícita.

Dicha teoría cobra mucho sentido en el caso de autos por cuanto que el resto de pruebas lícitas que se obtuvieron derivan claramente de la grabación de la conversación referida en tantas ocasiones, pues es esa grabación el inicio de toda la investigación hasta el punto de no constar investigación abierta antes de producirse dicha grabación.

La citada doctrina tiene su consecuencia en nuestro ordenamiento jurídico pues, aunque no podemos asegurar cual fue la intención del legislador, el término ‘*indirectamente*’ que se recoge en el Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial parece dar cabida a la aplicación de esta doctrina.

Llegados a este punto, conviene traer a colación una serie de sentencias que apoyan la aplicación de la teoría del árbol envenenado en supuesto como el que aquí nos atañe; así, el Auto del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1992 dictado en la causa conocida como ‘Caso Naserio’, no solo se limitó a declarar nula la prueba obtenida a través de una intervención telefónica que vulneraba los derechos fundamentales, sino que en su Fundamento Jurídico 9º recoge que ***“Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusaciones, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensiones, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara”***.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, STS 9666/1994, de 17 de junio, en su Fundamento Jurídico 1º establece que ***“En estos supuestos se produce el denominado «efecto dominó» en el sentido de que la nulidad de determinada diligencia o prueba judicial, por vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, arrastra en cadena la invalidez y consiguiente ineficacia jurídicas de todas las posteriores que puedan traer causa -directa o indirecta- de aquélla primera”***.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo STS 1459/1995, de 13 de marzo, establece en el Fundamento Jurídico 4º que ***“El que el artículo 11.1 de la L.O.P.J. niegue efecto a las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales, tiene su fundamento en el propósito de robustecimiento de la eficacia***

del precepto, evitando que la sanción de los derechos fundamentales sea únicamente formal y no real o material”.

El Tribunal Constitucional también ha apoyado esta doctrina al expresar en su sentencia STC 85/1994, de 14 de marzo, en su Fundamento Jurídico 4º concluye que **“todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.**

Ahora bien, la jurisprudencia analizada exige la existencia de un requisito, y es que para que la nulidad probatoria se extienda a otras pruebas que deriven de la prueba que se obtuvo vulnerando derechos fundamentales, debe tratarse de una derivación inmediata; en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, STS 1528/1997, de 4 de marzo, recoge en su Fundamento Jurídico 2º que **“La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior, ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J.), jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la L.O.P.J. únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir "prueba diferente" (pero derivada), con "prueba independiente" (sin conexión causal)”.**

Por todo lo anteriormente desarrollado, hemos de concluir que la actuación de la Sala Provincial ha sido del todo correcta y acertada, pues resulta entendible que no puedan admitirse el resto de pruebas al haberse derivado todas ellas de la grabación inicial, una

grabación inicial, vulneradora del derecho a la intimidad, sin la cual no habría podido practicarse ninguna de las posteriores pruebas, principalmente porque hasta el momento en que se realizó la grabación, no había una investigación abierta, no se ha demostrado que la Guardia Civil fuese conocedora de los hechos, no se había producido denuncia, es decir, no se había practicado prueba alguna, básicamente porque no se tenía constancia de los hechos que la grabación de la conversación sacó a la luz, resultando evidente que ninguna de las pruebas que posteriormente se practicaron pueda tildarse de prueba independiente, pues tanto la intervención de los teléfonos del acusado Carlos Celso, como el volcado de datos informáticos de una serie de implicados en la causa, según se recoge en el Auto de incoación de diligencias previas, deriva de la grabación efectuada, en tanto que dicho auto se basa casi exclusivamente en la transcripción de dicha grabación.

Por ello, esta parte llega a la conclusión de que la Sala Provincial acierta al declarar nulas las pruebas que se practicaron en el plenario, al derivar todas ellas de la prueba inicial que fue la grabación de la conversación entre el testigo protegido Benigno Juan y el acusado Carlos Celso, la cual es vulneradora del derecho a la intimidad del referido acusado.

OCTAVO. Procedencia de la confirmación de la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial de Madrid

En relación con todo lo anteriormente manifestado en el presente escrito, esta parte concluye que la Sentencia 6239/2017, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid es conforme a Derecho, no vulnerando la misma el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Artículo 24.1 de la Constitución Española, ni los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y al uso de los medios pertinentes de prueba, recogidos en el Artículo 24.2 de la norma constitucional, y que por lo tanto, no debe ser revocada, ni declarada nula la sentencia ni la vista de juicio oral, tal y como solicita el Ministerio Fiscal.

Por lo expuesto,

SE SOLICITA A LA EXCELENTISIMA SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO, que teniendo por presentado, con sus copias, se sirva admitirlo, y tenga por interpuesto en tiempo y forma el presente ESCRITO DE IMPUGNACION del Recurso de Casación formalizado por el Ministerio Fiscal, y previos los trámites oportunos, en vista de los argumentos esgrimidos por esta parte en la presente impugnación, CONFIRME LA SENTENCIA 6239/2017, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, en todo su contenido y extensión.

Por ser de Justicia que solicito en Madrid, a 3 de octubre de 2017.

OTROSI DIGO, que en relación a los efectos recogidos en el Artículo 882 Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta parte informa que no considera necesaria la celebración de vista.

Por lo expuesto,

SE SOLICITA A LA EXCELENTISIMA SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO, que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos oportunos.

Por ser de Justicia que reitero en lugar y fecha ut supra.

Letrado I.C.A.M. Col. Nº. 120.417.

Procurador I.C.P.M. Col. Nº. 98.215

D. Gonzalo León Felipe.

D. Javier García-Moya Villanueva.

5. BIBLIOGRAFÍA

A. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEL MORAL GARCÍA, A., “*La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura*”.

GINER ALEGRÍA, C.A., “*Prueba prohibida y prueba ilícita*”, Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 26/2008. Págs. 579-590. Murcia, 2008.

MARCO URGEL, A., “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones. (Art. 18.3 C.E.)”, Universidad Autónoma de Barcelona. Bellterra, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “*Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*”, Valencia, 2009.

MIRANDA ESTAMPES, M., “*El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*”, 2º ed., Barcelona, 2004. Versión electrónica.

MIRANDA ESTAMPES, M., “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010.

RIVES SEVA, J. M., “*La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*”, 6ª ed., Madrid, 2016.

RIVES SEVA, J. M., “*Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita*”, entrada de fecha 01/12/2010.

B. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

i. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC, Sala Segunda, de 30 de enero de 2012. N° STC 12/2012. (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2012).

STC, Sala Primera de 14 de marzo de 1994. N° STC 85/1994. (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1994).

STC, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 1988. N° STC 231/88. (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988).

STC, Sala Primera, de 30 de septiembre de 1987. N° STC 149/1987. (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1987).

STC, Sala Segunda, de 29 de noviembre de 1984. N° STC 114/1984. (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).

ii. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 26 de junio de 2015. (Rec. 2386/2014). Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR. N° STS 423/2015. (Roj. 3247/2015).

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 1 de abril de 2014. (Rec. 1666/2013). Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA. N° STS 314/2014. (Roj STS 1741/2014).

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 8 de marzo de 2012. (Rec. 1891/2000). Ponente: JOSE APARICIO CALVO-RUBIO. N° STS 444/2012. (Roj. 1627/2002)

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 4 de marzo de 1997. (Rec. 218/1996). Ponente: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN. N° STS 448/1997. (Roj. 1528/1997).

STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de marzo de 1995. (Rec. 3626/1991). Ponente: RAFAEL CASARES CÓRDOBA. N° STS 213/1995. (Roj. 1451/1995).

STS, Sala Segunda de lo Penal, de 17 de junio de 1994. Ponente: LUIS ROMÁN PUERTA LUIS. Nº STS 19861/1994 (Roj. 9666/1994).

Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 18 de junio de 1992. (Rec. 610/1990). Ponente: ENRIQUE RUIZ VADILLO. (Roj. 6102/1992).

iii. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, de 5 de septiembre. Asunto Barbulescu contra Rumanía. (Solicitud Nº 61496/2008)

STEDH, de 28 de enero de 2003. Asunto Peck contra Reino Unido. (Solicitud Nº 44647/1998)

STEDH, de 25 de diciembre de 2001. Asunto P.G. Y J.H. contra Reino Unido. (Solicitud Nº 44787/1998).

6. ANEXOS

ANEXO 1º. Texto íntegro de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid



JURISPRUDENCIA

Roj: **SAP M 6239/2017 - ECLI: ES: APM: 2017:6239**

Id Cendoj: **28079370022017100251**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **1/2016**

Nº de Resolución: **408/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **VALENTIN JAVIER SANZ ALTOZANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid C/ de Santiago de Compostela, 96, Planta 4 - 28035 Teléfono: 914934540,914933800 Fax: 914934539 GRUPO DE TRABAJO F 37051530

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0069506 **Procedimiento Abreviado 1/2016 Delito:** Cohecho **O. Judicial Origen:**

Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid **Procedimiento Origen:** Diligencias Previas Proc. Abreviado 939/2007

SENTENCIA Nº 408/2017

ILMOS. SRES.

Dña. CARMEN COMPAIRED PLO

D. VALENTIN JAVIER SANZ ALTOZANO (PONENTE)

Dña. GEMMA GALLEGO SÁNCHEZ

En Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial integrada por los Magistrados arriba indicados, la causa seguida con el número 1/2016, procedente del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, y tramitada por el cauce de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado con el número 939/2007 por los supuestos delitos de cohecho; prevaricación; tráfico de influencias; negociaciones prohibidas a los funcionarios; infidelidad en la custodia de documentos; falsedad; delito contra el patrimonio histórico, contra: Carlos Celso , con DNI nº NUM000 ; nacido el NUM001 /1944 en MADRID, hijo de Lázaro Bernardo y de Josefina Melisa . En libertad por esta causa.

(...).

GUILLEN. Ha actuado como ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. VALENTIN JAVIER SANZ ALTOZANO**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El **Ministerio Fiscal** , en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos: (...).

HECHOS PROBADOS

El día 6 de marzo de 2007, en las dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos), guardias civiles no identificados entregaron a Benigno Juan una grabadora de pequeñas dimensiones y una cinta magnetofónica con la finalidad de que grabara la conversación que iba a tener lugar ese mismo día en el despacho profesional de la persona que realizaba los proyectos técnicos en sus negocios de hostelería, Carlos Celso , con quien mantenía una antigua relación de confianza. La grabación debía hacerse sin conocimiento del interlocutor y la conversación versaría sobre una supuesta petición de dinero

Realizada por un funcionario del Ayuntamiento de Madrid para la tramitación rápida de un determinado expediente. Tres días después, el 9 de marzo de 2007, tras valorar el contenido de lo grabado, desde la Jefatura de dicha Unidad, se

ordenó a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, que se tomara declaración como denunciante al Sr. Benigno Juan. En el atestado levantado al efecto ese mismo día no se hizo referencia alguna a que los medios técnicos con los que se grabó la conversación habían sido facilitados en dicha Unidad. Por el contrario, de la lectura del atestado resultaba que había sido aquel, "motu proprio", quien había decidido grabarla con sus propios medios, haciendo entrega después de la grabadora con la cinta magnetofónica a la Guardia Civil. Ni la grabadora ni la cinta magnetofónica con la conversación supuestamente registrada fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción. Tras ser turnado el atestado al Juzgado de Instrucción nº 32, con fundamento únicamente en la transcripción de dicha supuesta conversación y en la declaración recibida al denunciante en dependencias de la Guardia Civil, se acordó, mediante auto de fecha 2 de abril de 2007, la incoación de diligencias previas, el secreto de las actuaciones por tiempo de un mes, la condición de testigo protegido de Benigno Juan, la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por Carlos Celso, de números NUM064 y NUM065 y que se librasen sendos oficios a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de un vaciado completo de sus archivos de los últimos 4 años relacionados con Carlos Celso, Balbino Enrique y Visitación Herminia. La instrucción subsiguiente deriva directamente de dicha grabación, verdadera piedra angular sobre la que se ha construido toda la causa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Es doctrina consolidada de la Sala II del Tribunal Supremo, entre otras muchas la sentencia de 3 de junio de 2014, que las cuestiones planteadas como previas pueden dejarse para su decisión en la sentencia si se estima que para su resolución es necesario o conveniente la previa práctica de la prueba en el plenario ante la insuficiencia de las diligencias obrantes en las actuaciones, pues solo cabe su apreciación en el trámite de resolución de las cuestiones previas, al inicio de la vista oral y sin celebración del juicio, cuando concurren de forma diáfana los presupuestos fácticos y jurídicos de la cuestión planteada al amparo de lo dispuesto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, cuando de forma clara y manifiesta no existe justificación para celebrar el juicio oral porque desde el punto de vista fáctico no resulte necesaria la práctica de prueba alguna para adoptar una decisión sobre la cuestión previa planteada (STS 19 de septiembre de 2013) y desde el punto de vista jurídico no sea preciso realizar una argumentación o motivación específica para rechazar en el Auto previo la fundamentación jurídica sostenida por las partes acusadoras que impide su estimación (STS 583/2013, de 10 de

junio), pues en caso de ser necesario este análisis jurídico previo, las partes deben tener la oportunidad de defender su calificación de forma contradictoria en el acto del juicio oral. En el turno de intervenciones previsto en dicho artículo, varias defensas solicitaron se declarara la nulidad de pleno derecho de la grabación de 6 de marzo de 2007, de las intervenciones telefónicas, al derivar todas de aquella, y de toda la causa por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al secreto de las comunicaciones, el derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. En apoyo de su pretensión se alegaron varias razones, considerando el Tribunal de especial trascendencia las concernientes a cómo y por quién se realizó la grabación y si el soporte original fue aportado al Juzgado.

La instrucción no arroja luz sobre ninguna de tales cuestiones. Ni consta que se requiriera la entrega del soporte original, ni que se preguntara por su paradero, ni siquiera que se tomara declaración al respecto al testigo protegido, existiendo un absoluto silencio sobre tal asunto. Por lo que atañe a la otra cuestión, sobre la que tampoco se preguntó al denunciante durante la instrucción, existe una palmaria contradicción entre el contenido del atestado origen de las diligencias previas, en el que se informa de que el Sr. Benigno Juan ha grabado una conversación con Carlos Celso y ha decidido hacer entrega de la misma a la Guardia Civil, y lo plasmado dos años y cuatro meses después por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 32 en el auto de fecha 2 de julio de 2009, donde sorpresivamente, pues nunca antes se había hecho mención de tan importante dato, se da por conocido que la grabación se efectuó con los "medios técnicos proporcionados por la Guardia Civil". En consideración a tales contradicciones, a la falta de la más mínima información en autos sobre las cuestiones planteadas y al derecho de las partes a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho, se estimó prematura la realización al inicio de las sesiones de la valoración jurídica interesada, discrepante con la sostenida por las acusaciones, al no concurrir nítidamente los presupuestos fácticos y jurídicos, considerándose que lo procedente conforme al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva era la celebración del juicio, abriendo la posibilidad de que se practicara prueba al respecto, se clarificara lo ocurrido y se pudiera informar con alguna base fáctica sobre tales cuestiones que pudieran ser determinantes del sentido del fallo.

SEGUNDO.- La prueba practicada en el acto del juicio oral ha acreditado los hechos que se han declarado probados. Este Tribunal quiere comenzar dejando constancia de su extrañeza por la ausencia en el plenario de cualquier clase de prueba relativa a la génesis de la grabación y a su paradero, salvo la declaración del Sr. Benigno Juan , no habiendo sido llamados ni el instructor del atestado ni ninguno de los guardias civiles que pudieron haber tenido

alguna relación con la misma o con la investigación, con lo que la prueba que se practicó al respecto quedó reducida a su mínima expresión, no obstante lo cual: - Resultó indiscutido que el día 6 de marzo de 2007, miembros desconocidos de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos) entregaron la grabadora y la cinta magnetofónica a Benigno Juan . Tanto el Sr. Benigno Juan en el plenario, pues nunca antes se le había preguntado al respecto, como el propio Juez de Instrucción en el auto citado de 2 de julio de 2009, afirman que fueron agentes de dicho cuerpo los que le proporcionaron los medios técnicos imprescindibles para realizar la grabación, precisando aquel que consistían en una grabadora de 5 por 10 centímetros, con pilas, rectangular, y una pequeña cinta magnetofónica. No se ha practicado ninguna prueba que contradiga tal hecho, ni siquiera se ha cuestionado por vía de informe, por lo que debe declararse probada. - La entrega de los dispositivos para la grabación se efectuó en dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos). Así resulta de lo declarado por dicho testigo en el acto del Juicio Oral y es lo que se infiere del contenido del atestado, que comienza exponiendo que se recibe de la Jefatura de dicha Unidad "la orden de tomar declaración a una persona que denuncia una especie de trama...", disponiéndose que "la grabadora facilitada por el denunciante se remita al Servicio de Acústica...". Por lo que respecta a la identidad de los agentes que procedieron a la entrega, no se identifican en el atestado ni durante la instrucción se acordó diligencia alguna sobre el particular; tampoco se ha practicado prueba al respecto en el plenario, salvo la declaración del Sr. Benigno Juan, que afirmó desconocer su identidad, por lo que se ignora quién dio la orden de entrega de dichos medios y quien la ejecutó.

- La grabadora y la cinta le fueron entregadas al Sr. Benigno Juan el mismo día en que se efectuó la grabación: el 6 de marzo de 2007. Así resulta de sus reiteradas y rotundas declaraciones, tratándose de una afirmación mantenida desde su primera comparecencia ante la Guardia Civil, de fecha 9 del mismo mes, hasta su última declaración, realizada diez años después en el plenario. Se trata de un dato que tampoco ha sido discutido por ninguna de las partes. - Resultó igualmente pacífico que el Sr. Benigno Juan se dirigió con la grabadora al despacho profesional del Sr. Carlos Celso, con el que mantenía una antigua relación de confianza, con la finalidad de grabar, de forma subrepticia, una conversación en la que se haría referencia a la supuesta petición de dinero para agilizar la tramitación de su expediente. Así lo declaró dicho testigo, manifestación que nunca fue cuestionada. - La grabadora y la cinta con la conversación se entregaron finalmente a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, el 9 de marzo de 2007, según se recoge en el atestado que ha dado origen a la presente causa. Aunque en este caso el denunciante afirmó no recordar dónde entregó dichos objetos y a quien, en autos consta su

comparecencia de denuncia de fecha 9 de marzo de 2007 en la que expresamente se recoge que "el pasado martes día 6 del corriente, se personó en las oficinas de Carlos Celso...a quien mediante una grabadora, la cual entrega en este acto, le registró una conversación...". Sobre este dato tampoco se han suscitado dudas por ninguna de las partes.

- En el referido atestado se informa reiteradamente de que es el denunciante quien aporta la grabadora y la cinta con la conversación, de donde solo cabe deducir que la grabación se debe a una actuación espontánea realizada por un particular. En ningún momento se menciona que fueron agentes de la Guardia Civil quienes entregaron dichos objetos con la única finalidad de realizar esa grabación. Por el contrario, siempre se hace constar que es el Sr. Benigno Juan quien proporciona la grabadora. Así, en la comparecencia de denuncia aparece repetidamente que es el denunciante quien entrega la grabadora; en la diligencia en que se informa de su remisión al Servicio de Acústica se recoge que "el Sr. Instructor dispone que la grabadora facilitada por el denunciante..."; y en el acta de manifestación como testigo protegido consta "preguntado si reconoce las voces de la grabación del CD obtenido de las conversaciones registradas por el aparato grabador que entregó el dicente en su anterior comparecencia...". - Tampoco se ha cuestionado el hecho de que ni la grabadora ni la cinta magnetofónica con la supuesta grabación fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción. Es un misterio el destino que se dio a dichos objetos. Lo que resulta evidente tras el examen de las actuaciones, es que nunca hubo intención de ponerlos a disposición del Juzgado, ni de explicar la razón por la que no se hacía entrega de los mismos, especialmente de la cinta magnetofónica donde, supuestamente, constaba registrada la conversación. Tampoco el Juzgado mostró el más mínimo interés. Y la misma despreocupación ha demostrado las acusaciones en el acto del plenario. Ni durante la instrucción ni en el acto del Juicio Oral se ha recibido declaración a ningún agente de la Guardia Civil, ni a persona alguna que pudiera dar razón del paradero de la cinta original o que informara sobre quién tomó la decisión de no ponerla a disposición del Juzgado de Instrucción y por qué. - El auto de incoación de las diligencias previas se basa exclusivamente en lo que según el atestado es la transcripción de la grabación supuestamente realizada el 6 de marzo de 2007. Basta el examen del atestado para comprobar que no se realizó ninguna investigación previa por parte de la Guardia Civil y que, tras la denuncia, solo se limitó a la identificación de las personas y propiedades de los denunciados.

TERCERO. - De los hechos probados de esta resolución se infiere de forma incontrovertible que Benigno Juan fue un mero instrumento utilizado por agentes no identificados de la referida Unidad Orgánica de la Guardia Civil para conseguir grabar de forma subrepticia una determinada conversación que aquel iba a mantener, gracias a su condición de antiguo cliente, en el despacho

profesional de Carlos Celso . La grabación de la conversación fue planificada y materializada a iniciativa de los desconocidos agentes de dicha Unidad, quienes proporcionaron los instrumentos necesarios para que se pudiera llevar a efecto, contribuyendo así de manera crucial en la ejecución del plan para la obtención de la fuente de prueba. Todo ello se hizo sin que existiera denuncia, sin que se incoara diligencia alguna, ni se pusiera en conocimiento de la autoridad judicial ni, por tanto, se solicitara la correspondiente autorización del Juez de Instrucción. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo es constitucionalmente legítimo cuando se fundamenta en los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. La Sala II del Tribunal Supremo ha reiterado al respecto desde su auto de fecha 18 de junio de 1992, que el poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de los delitos no puede valerse de atajos, pues la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio. Por ello, la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria, siendo esta una de las garantías de nuestro sistema constitucional. El artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sujeta el concepto de ilicitud probatoria a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que puede ser o no constitutivo de delito, estando fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren su mandato prohibitivo. El Tribunal Constitucional tiene proclamado, (STC nº 173/2011 , entre otras muchas), que " el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre , FJ 3 ; 186/2000, de 10 de julio , FJ 5 ; 196/2004, de 15 de noviembre , FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4 ; y 159/2009, de 29 de junio , FJ 3). De forma que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio" (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo , FJ 5). Del precepto constitucional citado se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2;

206/2007, De 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2)". Como señala la STC nº 170/2013 , la noción de intimidad constitucionalmente protegida es un concepto de carácter objetivo o material, mediante el cual el

ordenamiento jurídico designa y otorga protección al área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos, un "ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros" en contra de su voluntad (STC 10/2002, de 17 de enero , FJ 5; o SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 ; y 189/2004, de 2 de noviembre). En este mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece como criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas, el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58). Dicho ámbito digno de protección abarca, lógicamente, al despacho profesional. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2012 considera que, conforme al expresado criterio de " expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad". Concorde con la anterior doctrina, la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo considera que el " despacho individual es una dependencia atribuida a una determinada persona, de la que depende el consentimiento para facilitar el acceso visual o personal de terceros al mismo. Por ello, en líneas generales, puede afirmarse que el titular del mismo tiene una expectativa razonable de intimidad dentro de su despacho, que puede verse vulnerada si se instalan cámaras de grabación sin su conocimiento". En consecuencia declara que la grabación realizada en el despacho del acusado, sin conocimiento del trabajador ni autorización judicial, vulnera su derecho a la intimidad proclamado en el artículo 18.1 de la Constitución, de manera que la grabación obtenida en su interior no podrá ser utilizada como prueba de cargo (STS 01 de abril de 2014). En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde muchos años antes de que se realizara la grabación de autos, a la hora de valorar las grabaciones realizadas dentro de dicho ámbito, requiriendo la necesidad de autorización judicial para el uso de aparatos de grabación, (sentencias de 6 de mayo de 1993 , 7 de febrero , 6 de abril y 21 de mayo de 1994 , 18 de diciembre de 1995 , 27 de febrero de 1996 , 5 de mayo de 1997 , 968/1998 de 17 de julio , 188/1999, de 15 de febrero , 1207/1999, de 23 de julio , 387/2001, de 13 de marzo , 27 de septiembre de 2002 , 14 de octubre de 2002 y 180/2012 de 14 de marzo, entre otras muchas) estableciendo que "cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas, sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno plácet judicial, aquellos medios de captación de la

imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario". Este criterio general, conforme al cual sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el ámbito de este derecho fundamental mediante la preceptiva resolución judicial motivada que se adecue al principio de proporcionalidad, constituye también jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre , FJ 4 ; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 ; y 233/2005, de 26 de septiembre , FJ 4; STC 07 de noviembre de 2011 , entre otras muchas) y ha tenido su plasmación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que introdujo el Capítulo VI regulador de las operaciones de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Es, por tanto, incuestionable que una grabación como la de autos, como fuente de prueba y medio de investigación, debe respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional cuya observancia es rigurosamente necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, siendo la primera y fundamental la judicialidad de la medida, nota de la que se derivan como consecuencia las siguientes: - Solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad.

- Dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de sus responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. - Por ello solo puede efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose incluso la técnica de las diligencias indeterminadas. - Al ser una medida de exclusiva concesión judicial, debe adoptar la forma de auto que motive suficientemente la procedencia de la medida, lo que exige de la Policía solicitante la expresión de la noticia racional del concreto hecho delictivo a comprobar y las razones por las que consideran probable su existencia, datos que deben tener una objetividad suficiente que los diferencie de la mera suposición. Tienen que ser objetivos en el sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, relegando al Juez a un papel meramente pasivo limitado a aceptar sin control alguno lo que expone la policía en el oficio de solicitud y, obviamente, el control carece de ámbito si solo se comunican intuiciones, opiniones o juicios de valor.

- Consecuencia de la exclusividad judicial es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las cintas íntegras y en original al Juzgado. La grabación de autos, obtenida por la Guardia Civil de forma subrepticia, en un despacho profesional, sin autorización judicial, al margen de cualquier procedimiento penal y mediante la utilización de un cliente con el que el grabado mantenía una

antigua relación de confianza, debe ser excluida de la valoración probatoria no solo por tratarse de una prueba ilícita sino porque, como expone la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2017 , "la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito" ; "la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito" , añadiendo que de lo que se trata es de "apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos". En este mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras SSTHDH Caso Krusling contra Francia, de 24 de febrero de 1990; Caso Allan contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002; Caso M.M. contra Holanda, de 8 de abril de 2003; Caso Bykov contra Rusia, de 10 de marzo de 2009). Ciñéndonos al supuesto de autos, en el que la grabación se ha obtenido mediante la utilización de un tercero, dicha sentencia advierte de que "no se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos. Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal", concluyendo con que "los funcionarios del Estado que investigan el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo podrá ser valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante el subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio". Los anteriores razonamientos bastan para concluir afirmando que la presente causa nació viciada, por lo que adolece desde su origen de una nulidad radical e insubsanable. Ello no obstante, este Tribunal considera necesario añadir las siguientes consideraciones:

a) Las diligencias previas nº 939/2007, fueron incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid tras serle turnadas las diligencias M-8-2007 del Equipo de Madrid de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, iniciadas el día 9 de marzo de 2007 por indicación de la mencionada Jefatura, para recibir la denuncia del Sr. Benigno Juan y tomarle declaración. La grabación que fundamenta la denuncia se realizó, según se expone en el mismo atestado, tres días antes y, por tanto, cuando aún no se había denunciado hecho alguno ni se habían incoado las diligencias policiales. Solo tras conseguir la grabación de la forma expuesta anteriormente y valorar su contenido, se decidió desde la Jefatura de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil la presentación de la denuncia.

Estamos, pues, ante una medida de investigación tecnológica predelictual, utilizada por la Guardia Civil sin la necesaria autorización judicial y al margen de cualquier procedimiento penal, de naturaleza prospectiva, pues ni se habían iniciado diligencias de investigación, ni siquiera existía denuncia, y, como tal, terminantemente prohibida de acuerdo con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y de la Sala II del Tribunal Supremo (por todas la STC 253/2006, de 11 de septiembre y la STS de 1 de abril de 2014). Esta actuación no solo es prospectiva. Del análisis de la conversación obrante en el CD de autos, en el que supuestamente, según el atestado de la Guardia Civil, se habría volcado la grabación original, se deduce que habría tenido como finalidad forzar una conversación con un contenido determinado. Se trató, por tanto, de una actuación premeditada con la intención de lograr que el grabado manifestara hechos que pudieran ser utilizados en su contra en un proceso penal ulterior, a cuyo fin fue el propio Sr. Benigno Juan quien introdujo reiteradamente la cuestión relativa al dinero, a la que no se había referido en ningún momento su interlocutor, preguntando primero "¿y cada vez que te informa uno positivo siempre es porque ha habido que darle dinero o no?", después "lo que hace el dinero es adelantar, ¿no?", y más adelante, dado que el Sr. Carlos Celso seguía sin hacer mención a dicha petición de dinero, preguntando directamente "¿y qué está pidiendo este?", por lo que este Tribunal considera que existe una clara incitación por parte del testigo con una evidente finalidad de preconstitución probatoria. La sentencia del Tribunal Supremo nº 863/2011 se refiere a esta cuestión señalando que el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél (también en SSTS nº 24/2007, de 25 de Enero ; nº 467/2007, de 1 de Junio y STS de 10 de marzo de 2016). En el mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 1 marzo 2011, Caso Lalas contra Lituania , recordaba en el fundamento jurídico nº 42, que, tal como se había establecido en su anterior sentencia de 5 de febrero de 2008 , se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados -ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones- no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que de forma activa incitan al sujeto a cometer el delito. En el supuesto de autos es claro que el interlocutor grabado no realizó las manifestaciones de una forma espontánea, sino que le fueron extraídas de modo torticero. Tal ardid, contrario a la buena fe, vicia la prueba y el método empleado.

b) Las diligencias previas se incoaron en virtud de un atestado mediante el

que se ponía en conocimiento del Juzgado de Instrucción que un ciudadano había grabado una conversación en la que se le proponía entregar una cantidad de dinero a un funcionario de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid para que tramitara rápidamente un determinado expediente cuya resolución le interesaba. El atestado se basaba únicamente en dicha denuncia que, a su vez, se fundamentaba exclusivamente en la referida grabación, pues ni se había realizado ninguna investigación previa a la denuncia, ni tampoco posterior a la misma, salvo la identificación de las personas nombradas en la grabación y de las propiedades que constaban a su nombre en el Registro de Índices de la Propiedad y en el Mercantil. Con único fundamento en la grabación se incoaron las diligencias previas, iniciándose la instrucción y acordándose la práctica de las diligencias solicitadas por la Guardia Civil, entre estas la declaración del secreto de las actuaciones y la intervención de dos teléfonos utilizados por Carlos Celso. El Juez de Instrucción tomó tales decisiones ignorando cómo y por quién se había realizado la grabación, pues en el atestado se omitió deliberadamente la previa intervención de agentes de la Guardia Civil suministrando los medios técnicos necesarios para que se llevara a efecto. El instructor del atestado era conocedor de la necesidad de obtener la correspondiente autorización judicial para realizar tal intervención pues, como se ha expuesto anteriormente, hacía años que existía una jurisprudencia consolidada sobre la materia, conocida sobradamente por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pues de su cumplimiento dependía la validez de lo que se obtuviera por este medio excepcional de investigación. Dicho conocimiento resulta patente en autos de la petición de autorización judicial que hizo el día 6 de julio de 2007 en el Juzgado de Guardia el Jefe del Equipo Central Operativo Medio Ambiental de la Guardia Civil, obrante al folio 1316, para grabar una reunión relacionada con otra supuesta solicitud de dinero por parte de un funcionario del Ayuntamiento de Madrid. En este caso, en el que también se utilizaría a un particular para que portara los mecanismos de grabación necesarios, que se proporcionarían por dicha Unidad, sí se solicitó la correspondiente autorización judicial, que fue concedida. De lo anterior solo cabe inferir que el contenido mendaz del atestado que ha dado origen a la presente causa es el procedimiento fraudulento ideado para conseguir la iniciación del proceso penal mediante el ardid de presentar la grabación de la conversación obviando el dato esencial relativo al método empleado para su obtención. El auto de incoación se fundamentó, por tanto, en una supuesta grabación espontánea realizada por un ciudadano por su cuenta y con sus propios medios, pues así resultaba del atestado, y no en lo verdaderamente sucedido, que de haberse puesto en conocimiento del Juzgado tendría que haber sido determinante de la declaración de nulidad de la grabación y del consiguiente sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En consecuencia, la resolución que da inicio a la instrucción y que acuerda, entre otros extremos, el secreto de las actuaciones y la intervención de varios teléfonos, carece de verdadera motivación, pues la

que contiene se asienta exclusivamente en el relato falaz obrante en el atestado de la Guardia Civil. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas la STC 197/2009, de 28 de septiembre) es unánime al señalar que la exigencia de motivación de la resolución judicial que acuerda las intervenciones forma parte del contenido esencial del art. 18.3 CE , constituyendo una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención, para lo que es esencial que el atestado policial explice los elementos indispensables que permitan realizar el juicio de proporcionalidad y hagan posible su control posterior. Es evidente que en el caso de autos no se proporcionaron tales datos fundamentales, lo que fue determinante del inicio viciado de la instrucción y de que se acordara la práctica de las diligencias solicitadas, entre ellas la declaración de secreto de las actuaciones y las mencionadas intervenciones telefónicas.

Esta exigencia de motivación impuesta por el artículo 120.3 de la Constitución , conecta la cuestión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución suficientemente fundada respondiendo a las características del caso concreto, especialmente en un supuesto como el analizado en el que se toman decisiones que suponen una restricción de derechos fundamentales como son los concernientes al secreto de las comunicaciones y a un proceso público con todas las garantías. La deliberada omisión en el atestado de los datos esenciales para que el Juzgado de Instrucción pudiera resolver con un mínimo conocimiento de lo ocurrido, determinó que la resolución careciera de una verdadera motivación, vulnerando tanto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como los anteriormente citados, consagrados en los artículos 18.3 y 24.2 de la Constitución, generando una patente indefensión.

c) La grabación aludida en la denuncia se registró en una cinta magnetofónica, por lo que resulta de aplicación la consolidada doctrina jurisprudencial que establece la forma en la que han de incorporarse al proceso las registradas en este tipo de soportes, imponiendo el control judicial para su validez probatoria en evitación de alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, todo ello al sólo objeto de garantizar la autenticidad de tal material probatorio. Se trata de una consecuencia directa de la exclusividad judicial, que se traduce en la necesaria puesta a disposición del Juzgado de Instrucción del material grabado, debiendo remitirse las cintas íntegras y en el soporte original, dependiendo su validez de la existencia de la totalidad de las cintas en la sede judicial y a disposición de las partes para que puedan ser valoradas por sí mismas y, en consecuencia, puedan ser estimadas como medio de prueba. En el caso de autos es notorio que se ha infringido el protocolo de incorporación al proceso de la grabación, vulnerándose todos y cada uno de los requisitos jurisprudencialmente exigidos (entre otras por las STS del 17 de febrero de 2016; de 09 de octubre de 2013;

de 17 de abril de 2013; de 9 de diciembre de 2010; de 17 de marzo y 10 de noviembre de 2006).

La grabación a la que se ha hecho continua referencia no solo no supera los controles de legalidad constitucional ni los de estricta legalidad ordinaria, sino que ni siquiera existe. Es inexplicable que no se haya aportado la cinta original al Juzgado, ni que este no haya requerido su entrega o, al menos, realizara alguna indagación al respecto. Resulta igualmente paradójico el silencio que sobre este extremo guardaron las acusaciones durante la instrucción, mutismo que se ha extendido al acto del juicio oral, en el que no ha prestado declaración ninguna persona que hubiera escuchado la grabación original, pues el Sr. Benigno Juan afirmó que solo pudo oír el CD donde, supuestamente, aquella se había copiado, resultando relevante el hecho de que en el plenario declarara no reconocer el contenido ni las voces que aparecen registradas en su parte final. Por último, el Tribunal considera incomprensible que no se practicara en el plenario ninguna prueba sobre este punto crucial, pues no se interesó la declaración del instructor del atestado ni de alguno de los guardias civiles que tuvieron relación con la grabación o con la investigación, ni siquiera la de los desconocidos agentes del Servicio de Acústica que, supuestamente, hicieron el volcado en el CD obrante en autos, parte de cuyo contenido no reconoce el testigo. En definitiva, no se ha practicado prueba alguna que permita siquiera considerar que lo registrado en el CD se corresponde con lo que el denunciante dice que grabó en el despacho profesional del Sr. Carlos Celso. No existe tal supuesta grabación, por lo que la instrucción y el proceso entero se han construido sobre la nada más absoluta.

d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene establecido que la ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por dicho motivo existe una conexión natural o causal. En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental se halla también incurso en la prohibición de valoración. La Sala II del Tribunal Supremo, siguiendo los criterios marcados por el Tribunal Constitucional, comienza recordando que el artículo 11.1 de la L.O.P.J. dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, lo que implica no solo la imposibilidad de valorar las conseguidas mediante la vulneración del derecho fundamental, sino también que no pueden ser utilizadas legítimamente como medios de investigación o para iniciar u orientar una investigación penal. Tal prohibición de valoración equipara ambos supuestos, señalando al respecto la jurisprudencia que, en todo caso, la posibilidad de no aplicación de esa norma general debe valorarse como una excepción que, como tal, ha de venir especialmente justificada (STS 73/2014, de 12 de marzo). Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general o, por el

contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis excepcionales, es preciso delimitar si las pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no un nexo causal entre la prueba originaria y las derivadas. (SSTC 81/1998 , FJ 4 ; 49/1999 , FJ 14 ; 94/1999 , FJ 6 ; 171/1999 , FJ 4 ; 136/2000 , FJ 6 ; 28/2002 , FJ 4 ; 167/2002 , FJ 6 ; 261/2005, FJ 5 ; y 66/2009 , FJ 4). La sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo 320/2011, de 22 de abril , siguiendo los criterios de la sentencia del Tribunal Constitucional 197/2009, de 28 de septiembre , establece que la prohibición de valoración, supone la determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Las sentencias de dicha Sala 811/2012, de 30 de octubre, y 511/2015, de 21 de julio, hacen referencia a las dos corrientes que cabe apreciar en nuestra jurisprudencia sobre esta materia. Una más tradicional, anterior a la sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional, y otra posterior basada en las nuevas pautas marcadas por este Tribunal. La primera hace hincapié en el efecto reflejo o indirecto de la infracción constitucional, confirmando el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados al tiempo que ejerce un claro efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación penal. Por ello la prohibición alcanza tanto a la prueba obtenida mediante la infracción de un derecho fundamental como a las que, pese a haberse alcanzado lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Se considera que vedar el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto carece de sentido por ser ineficaz y constituir una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Así establece que el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, aquellas que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir "prueba diferente" (pero derivada) , con "prueba independiente" (sin conexión causal). La segunda corriente jurisprudencial que se reseña en la STS 511/2015 , emanada de la STC 81/1998 , insta un criterio más flexible mediante la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, atenuándose el efecto anulatorio derivado de la vulneración de la norma constitucional, de modo que la anulación de la prueba refleja no se genera sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino que se requiere la conexión jurídica entre ambas o conexión de antijuridicidad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural. Se precisa que entre la prueba ilícita y la derivada concorra, además de la vinculación causal, el nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se

extiende también a las segundas. En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la razón de la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran un derecho fundamental. Dicha sentencia 511/2015 recuerda que, como señala el Tribunal Constitucional, para determinar si concurre la conexión de antijuridicidad es preciso analizar dos perspectivas complementarias: una interna relativa al índole y características de la vulneración del derecho constitucional materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de dilucidar si, desde este punto de vista, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también deben analizarse desde una perspectiva externa las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental exige. En cuanto a la primera, debe ponderarse la gravedad del menoscabo del derecho constitucional afectado y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. En consecuencia, debe considerarse cuál de las garantías de la injerencia en el derecho fundamental (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma (STC 81/1998). Por otra parte, desde el punto de vista externo, ha de atenderse a la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado según las circunstancias del caso concreto, ponderando si la conducta de los órganos encargados de la investigación penal se hallaba encaminada a vulnerar el derecho fundamental. A tal efecto, se procurará constatar si se está ante una vulneración intencionada, gravemente negligente o simplemente errónea. En el caso de autos, cualquiera de las dos corrientes jurisprudenciales expuestas conduce a la misma solución. Todas las pruebas practicadas derivan de la grabación que motivó la viciada incoación de las diligencias previas, acordándose en la misma resolución el secreto de las actuaciones y la intervención de los teléfonos del denunciado. La instrucción se basó en dicha grabación y en un sinfín de intervenciones telefónicas concatenadas, cada una de ellas derivada directamente de la anterior, sobre cuyo resultado se practicaron las demás diligencias. Existe, pues, una clara vinculación causal, por lo que el acto ejecutado con vulneración del derecho a la intimidad produjo, conforme a esta línea jurisprudencial, un radical efecto contaminante sobre el resto de las pruebas. La misma solución resulta del análisis de la cuestión desde la perspectiva de la segunda corriente jurisprudencial expuesta, al aparecer evidente la presencia de una conexión de antijuridicidad desde ambos enfoques. Desde el punto de vista interno, es incuestionable la gravedad del menoscabo de los derechos constitucionales sucesivamente vulnerados y su ámbito de repercusión en relación con las pruebas reflejas pues, como se ha razonado anteriormente, en el caso de autos se han infringido todos y cada uno de los requisitos exigidos para la validez de la injerencia, tanto los presupuestos materiales, como los relativos a la intervención y al control judicial. Y en lo que atañe a la perspectiva externa, se ha evidenciado que los

agentes de la Guardia Civil actuaron de mala fe, estando encaminada su intervención a la obtención de una fuente de prueba mediante una acción vulneradora del derecho a la intimidad, tratándose de una infracción deliberada para conseguir la iniciación del proceso penal. Este hecho inicial tiene, en consecuencia, una eficacia contaminante sobre el resto de las pruebas practicadas, también en relación con las de confesión efectuadas por varios acusados, al estar directamente relacionadas con el resultado de las intervenciones telefónicas que consideraron válidas y que han resultado ser nulas de pleno derecho. En toda la causa solo existe otra prueba cuya procedencia es independiente por tener su origen en una fuente no contaminada. Se trata de la grabación acordada mediante auto de fecha 6 de julio de 2007, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid cuando se encontraba desempeñando funciones de guardia, respondiendo a una solicitud efectuada por el Equipo Central Operativo Medio Ambiental del SEPRONA.

La pésima calidad de lo finalmente registrado, que según el Jefe del Equipo del SEPRONA imposibilitaba la realización de la transcripción, motivó que se remitiera la grabación al Departamento de Acústica e Imagen del Servicio de Criminalista de la Guardia Civil para intentar una mejora del audio. El resultado se refleja en la diligencia de audición de fecha 22 de septiembre de 2008, en la que el Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid hace constar: "que en el CD que obra en el folio 1329 bis, correspondiente a una reunión entre Norberto Narciso y Leovigildo Ignacio el día 11/7/07, no se puede precisar el comienzo de la conversación transcrita, y por los ruidos de fondo de la misma no es posible la comprobación cierta de la transcripción que se realiza". Dicha grabación, cuya audición no ha sido interesada y sobre la que no se ha practicado prueba alguna en el acto del juicio oral, resultó inservible, razón por la que no fue llamado el denunciante para que ratificara la denuncia, ni siquiera se le ofrecieron las acciones, ni se practicó diligencia alguna al respecto durante la instrucción.

Se trata, por tanto, de una grabación inútil e intrascendente para la presente causa al no ser susceptible de valoración. La grabación realizada el día 6 de marzo de 2007 por la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid es, en consecuencia, la única fuente de prueba independiente en la que se ha basado la instrucción y constituye el fundamento del que derivan todas las pruebas practicadas en el plenario. La grabación es nula de pleno derecho por infringir de forma flagrante el derecho fundamental a la intimidad, existiendo una evidente conexión de antijuridicidad con el auto de incoación de las diligencias previas que, como se ha expuesto, vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y al secreto de las comunicaciones, extendiéndose, en consecuencia, el nexo de antijuridicidad a las diligencias de prueba que en dicha resolución se acordaron y que, a su vez, fueron la base en la que se

asentaron todas y cada una de las demás diligencias actuadas durante la instrucción y las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Existe, por tanto, una absoluta ausencia de prueba, no habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia de los acusados, pues todas las pruebas practicadas son nulas y por tanto carecen de validez a tales efectos enervatorios.

CUARTO.- A tenor de lo establecido en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben declararse de oficio las costas procesales. No procede su imposición a las acusaciones dado que quien ha actuado y sostenido la acción penal desde la incoación de las diligencias previas ha sido el Ministerio Fiscal. Por otra parte, no existían en autos datos que permitieran conocer cómo se había producido materialmente la grabación, pues no ha sido hasta el acto del juicio oral, tras la práctica de la prueba, cuando se ha podido comprobar cómo y por quién se efectuó la grabación realizada el día 6 de marzo de 2007, siendo este el dato determinante de la declaración de nulidad de todo lo actuado, razón, esta última, por la que tampoco procede acceder a la petición realizada por la defensa de Maximino Edemiro al amparo de lo dispuesto en el artículo 215.2 del Código Penal .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Debemos absolver y absolvemos a Carlos Celso , Balbino Enrique , Valentín Marcos , Gemma Esmeralda , Salome Consuelo , Leovigildo Ignacio , Benita Yolanda , Cristóbal Patricio , Maximino Edemiro , Manuel Benedicto , Pio Camilo , Leopoldo Humberto , Gaspar Luis , Pedro Maximiliano , Gumersindo Ernesto , Landelino Román , Celestino Teodoro , Julio Teodoro , Emilio Gerardo , Eliseo Carlos , Borja Ovidio , Abilio Hermenegildo , Emiliano Norberto, Román Remigio , Donato Balbino , Gregoria Susana , Roque Isidro , Ceferino Mateo , Severino Vidal y Domingo Fulgencio de los delitos por los que han sido acusados.

No ha lugar a la concesión de licencia interesada por la defensa de Maximino Edemiro al amparo de lo dispuesto en el artículo 215.2 del Código Penal. Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última

notificación. Así por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la suscribieron, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, por ante mí el Secretario de lo que doy fe.

ANEXO 2º. Texto íntegro del recurso de casación del Ministerio Fiscal

Recurso de Casación

(Fiscalía 100-17)

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Fiscal del Tribunal Supremo, en cumplimiento de su misión de promover la Justicia desde la legalidad (artículo 124 CE) en el Tribunal Supremo de Justicia del Reino de España (artículo 123 CE), mandato recibido directamente de la Constitución, y al amparo de lo establecido en los artículos 847, 852, 873, 879 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpone **recurso de casación por infracción de precepto constitucional**, contra la sentencia de 19-6-17 de la sección segunda de la Audiencia de Madrid, abreviado 1-16, procedente del juzgado de instrucción número Treinta y Dos de los dicha capital, seguido por delitos de cohecho, falsedad, contra el patrimonio histórico, prevaricación ambiental y urbanística, y negociaciones prohibidas a funcionarios, contra Antonio Sanz Escribano y otros, siendo parte acusadora el Fiscal.

El recurso que ahora se formaliza fue anunciado en tiempo y forma, teniéndose por preparado por auto de la Sala provincial, y emplazándose al Fiscal para ante la Sala de Casación.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos, y parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Se formaliza el presente recurso de casación **por infracción de precepto constitucional**, al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infracción constituida **por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de este Ministerio Fiscal, así como al derecho a un proceso con garantías y a utilizar medios de prueba pertinentes**, proclamados en el artículo 24, apartados primero y segundo, de la Constitución, al entenderse que la Corte provincial ha resuelto desestimar la pretensión de condena del Fiscal, sin valorar las pruebas aportadas por dicho Ministerio, declarando nulas y dejando de valorar las grabaciones

y transcripciones de conversaciones personales y telefónicas propuestas como prueba, así como las pruebas periciales, documentales, interrogatorio de los acusados y testificales propuestas, lesionando de este modo los referidos derechos fundamentales.

MOTIVO ÚNICO

POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, AL AMPARO DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 852 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, EN RELACIÓN CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CORRELATIVA LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A UN PROCESO CON GARANTÍAS Y AL USO DE MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES, TODOS ELLOS PROCLAMADOS EN EL ARTÍCULO 24 DE LA NORMA FUNDAMENTAL, APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO RESPECTIVAMENTE.

ANTECEDENTES

Primero. La resolución recurrida

La sentencia que se recurre basa su pronunciamiento en su opción por dejar de valorar las pruebas propuestas por el Fiscal, al desestimar la toma en consideración de las referidas pruebas, partiendo de la base de considerar lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones, la intimidad y el derecho a no declarar contra sí mismo, la grabación efectuada por el testigo protegido Joaquín Hernández Marugán de una conversación que mantuvo el día 6-3-07 con el acusado Antonio Sanz Escribano, grabación que acompañó a la denuncia presentada, y que luego se registró en "CD", y fue transcrita y aportada a las actuaciones procesales.

La Sala entiende que el contenido de dicha conversación originó la denuncia presentada por dicho testigo, la cual motivó la incoación de la presente causa.

Dicha grabación, según la sentencia, habría sido realizada por iniciativa y bajo el control de la Guardia Civil, aportando al testigo una grabadora y cinta magnetofónica, de modo que la referida conversación habría sido inducida y controlada por dicha fuerza, sin haberse iniciado actuación penal, y sin contar con la debida autorización judicial, lo que determinaría su nulidad, así como la nulidad la de la denuncia y la de todas las pruebas practicadas, por lo que no cabría otra alternativa que la absolución de todos los acusados por falta de pruebas.

Al consignar hechos, la Sala provincial afirma que el día 6 de marzo de 2007, miembros desconocidos de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos) entregaron una grabadora y cinta magnetofónica al testigo protegido, quien aseguró en el plenario que los agentes de dicho cuerpo le proporcionaron los medios técnicos imprescindibles para realizar la grabación, precisando que consistían en la referida grabadora, de 5 por 10 centímetros, con pilas, rectangular, y una pequeña cinta magnetofónica. Continúa la Sala asegurando que la entrega de los dispositivos para la grabación se efectuó en dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos).

Destaca la sentencia que el atestado hace constar "la orden de tomar declaración a una persona que denuncia una especie de trama...", disponiéndose que "la grabadora facilitada por el denunciante se remita al Servicio de Acústica...".

Cree acreditado el Tribunal recurrido que la grabadora y la cinta fueron entregadas al testigo el mismo día en que se efectuó la grabación, 6 de marzo de 2007. Afirma la Sala:

...El testigo se dirigió con la grabadora al despacho profesional del acusado, con el que mantenía **una antigua relación de confianza**, con la finalidad de grabar, de forma subrepticia, **una conversación en la que se haría referencia a la supuesta petición de dinero para agilizar la tramitación de su expediente**. La grabadora y la cinta con la conversación se entregaron finalmente a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, el 9 de marzo de 2007. **El atestado, redactado en dicha fecha, es el acto que dio lugar a la incoación de la presente causa...**

La Sala señala que en el referido atestado se informa reiteradamente de que es el denunciante quien aporta la grabadora y la cinta con la conversación, sin referencia a la entrega por los agentes de dichos efectos al testigo, y sin que dichos efectos fueran entregados al juez instructor, quien no indagó al respecto.

La Sala resalta que el auto de incoación de las diligencias previas se basa exclusivamente en lo que, según el atestado, es la transcripción de la grabación supuestamente realizada el 6 de marzo de 2007. Destaca especialmente la Sala recurrida:

...No se realizó ninguna investigación previa por parte de la Guardia Civil...**Tras la denuncia**, (dicha fuerza) **sólo se limitó a la identificación de las personas y propiedades** de los denunciados...

De todo ello concluye la Sala que el testigo protegido

...fue un mero instrumento utilizado por agentes no identificados de la referida Unidad Orgánica de la Guardia Civil para conseguir grabar de forma subrepticia **una determinada conversación que aquel iba a mantener, gracias a su condición de antiguo cliente**, en el despacho profesional (del acusado)...

...La grabación de la conversación fue planificada y materializada a iniciativa de los desconocidos agentes de dicha Unidad, quienes proporcionaron los instrumentos necesarios para que se pudiera llevar a efecto, contribuyendo así de manera crucial en la ejecución del plan para la obtención de la fuente de prueba...

Todo ello se hizo sin que existiera denuncia, sin que se incoara diligencia alguna, ni se pusiera en conocimiento de la autoridad judicial ni, por tanto, **se solicitara la correspondiente autorización del Juez de Instrucción...**

Concluye la Sala proclamando que la prueba, obtenida con vulneración de un derecho fundamental, ha de ser excluida de la apreciación probatoria, siendo ésta una de las garantías de nuestro sistema constitucional. Incluso, entrando en la valoración jurídico-penal de hechos cuya prueba rechaza, la Sala afirma que nos encontraríamos, si se diera valor de prueba a la referida grabación, en todo caso ante un delito provocado.

Se sostiene, además, que en todo caso la motivación del auto que acuerda las intervenciones telefónicas es nula porque se fundamentó en una supuesta grabación espontánea, realizada por un ciudadano por su cuenta y con sus propios medios, pues así resultaba del atestado, y no en lo verdaderamente sucedido, que de haberse puesto en conocimiento del Juzgado tendría que haber sido determinante de la declaración de nulidad de la grabación y del consiguiente sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En consecuencia, la resolución que da inicio a la instrucción y que acuerda, entre otros extremos, el secreto de las actuaciones y la intervención de varios teléfonos, **carece de verdadera motivación, pues la que contiene se asienta exclusivamente en el relato falaz obrante en el atestado de la Guardia Civil...**

Segundo. La posición del Fiscal

El Fiscal formuló acusación, interesando las condenas a las penas que constan en la impugnada sentencia, en el apartado relativo a las conclusiones definitivas del referido público Ministerio, y que ahora se dan por reproducidas.

El Ministerio Público consideró y continúa considerando que las pruebas propuestas y aportadas eran lícitas y válidas, por lo que interesó su valoración, y el dictado de una sentencia que declarara los hechos probados, con base en la valoración en conciencia de dichas pruebas.

El Fiscal, que había considerado lícitas y válidas dichas pruebas, **cuya licitud había sido asumida por el instructor en su auto de 2-7-09**, en el que se hace referencia a la utilización de medios aportados por las fuerzas de seguridad, por parte del testigo protegido, vio cómo la Sala consideraba, en la impugnada sentencia, todas las pruebas nulas, al derivar pretendidamente todas ellas de la supuestamente ilícita grabación de la conversación, mantenida entre el testigo protegido y uno de los acusados.

FUNDAMENTOS LEGALES Y DOCTRINALES DEL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN

Primero. Las dos opciones procesales y doctrinales en liza

En orden a resolver el presente recurso de casación, sin duda alguna, el “quid” de la cuestión radica en asumir o negar el hecho nuclear, afirmado por la Sala en los fundamentos de la resolución: que el testigo protegido

...fue un **mero instrumento utilizado por agentes no identificados**...para conseguir grabar de forma subrepticia una determinada conversación que aquel iba a mantener, gracias a su condición de antiguo cliente, en el despacho profesional (del acusado).

Si resultara evidenciado, y así se asumiera, que el testigo protegido ejercía, o al menos en la ocasión de autos, actuó efectivamente, como pretende la impugnada sentencia, como un **mero instrumento de la Guardia Civil**, para que **por dicha fuerza pública se consiguiera registrar, de forma subrepticia, la conversación privada** que un sospechoso había de mantener con dicho testigo instrumental, sin duda habríamos de reconocer que la mejor doctrina, reseñada de modo extenso por la Sala provincial, indicaría la nulidad de dicha grabación, y el vicio “ab ovo”, absolutamente insubsanable, de todas las pruebas propuestas y practicadas a lo largo del plenario.

Sin embargo, como a continuación exponremos, no es ésta la situación producida.

La Sala provincial no acierta en sus consideraciones al respecto, privando al Fiscal recurrente de una prueba lícita y esencial, y de todas ellas, actuación procesal que origina su indefensión, conllevando la nulidad radical de la impugnada sentencia.

Segundo. Los puntos nucleares de la posición de la Sala provincial

La Sala provincial sostiene, y en ello basa su absolución, que las pruebas serían nulas, al derivar de un registro de conversación privada, llevado a cabo por una persona que actuó como mero instrumento de las fuerzas de seguridad, a iniciativa de las mismas, utilizando un instrumento técnico aportado por dichas fuerzas, sin haberse antes iniciado ninguna investigación previa.

Las fuerzas de seguridad sabían que su pretendido "colaborador instrumental" iba a mantener dicha conversación con el tercero, dada su antigua amistad y antigua relación de confianza, en su condición de antiguo cliente. Sabían también, por el referido testigo protegido, que dicha tercera persona y el testigo hablarían de una suma de dinero que el tercero solicitaba al testigo, a efectos de promover la más diligente tramitación de un expediente, en el que el testigo estaba interesado. Este resumen apretado de la situación, necesario para poder exponer nuestra posición, deriva totalmente de las afirmaciones de la Sala provincial, a cuya formulación llega luego de valorar las pruebas practicadas en el plenario. Podemos por tanto concluir que esta posición es la que asume la Sala, y determinar así sus consecuencias jurídico-procesales, que la Corte censurada, severamente, afirma que implican la nulidad de todo el proceso.

Tercero. Inconsistencia secuencial de la narración asumida por la Corte provincial

La exposición de la Sala provincial resulta contradictoria, en cuanto aplica a la realidad categorías que se excluyen entre sí, con lo que podemos afirmar que la Corte provincial diagnostica lo ocurrido de un modo desacertado. Para llegar a esta conclusión, es suficiente con la lectura de la propia exposición de la sentencia, sin siquiera acudir a las actuaciones.

La Sala provincial entiende que, según manifestó el testigo, el mismo mantenía una relación de confianza con el acusado absuelto. Dicha relación de confianza es calificada por el Tribunal recurrido como "antigua". En otro pasaje, la Sala expresa su

convicción de que, en el contexto de dicha relación antigua de confianza, el testigo protegido era cliente del despacho del acusado absuelto. Dicha relación de clientela es, asimismo, calificada de "antigua" en la sentencia.

Se parte, en la resolución impugnada, de que el testigo acudió espontáneamente a la Guardia Civil, en relación con los hechos de autos. Si se lee en profundidad la narración judicial, se infiere de modo inequívoco, que **el testigo no fue convocado por la Guardia Civil en el contexto de ninguna operación ni investigación**. En la sentencia se viene a sostener, por el contrario, de modo categórico, que no existía abierta ninguna investigación por parte de la Benemérita, en relación con los hechos de autos, y que el primer conocimiento que la referida fuerza tuvo del asunto, derivó de la espontánea comparecencia ante la misma del testigo protegido.

Se infiere claramente de la secuencia fáctica que el acusado había solicitado al testigo protegido, antes de que tuviera lugar la conversación registrada, una determinada suma de dinero, que sería entregada a un funcionario municipal, en el designio de promover la más diligente tramitación de un expediente administrativo, procedimiento en el cual el testigo protegido se encontraba afectado, en calidad de interesado.

Como queda dicho, la referida actuación ilícita del acusado, solicitando sumas de dinero, se habría producido, según se desprende de modo inequívoco de la sentencia, antes de la primera comparecencia espontánea del testigo ante la unidad de Guardia Civil.

Según afirma expresamente la sentencia, teniendo conocimiento de tales hechos, y sin que se formulara denuncia alguna por el testigo protegido, la Guardia Civil facilitó al mismo una grabadora y una cinta magnetofónica.

El testigo protegido, munido de tales instrumentos, acudió al despacho del acusado, a efectos de mantener una conversación con el mismo, durante el transcurso de la cual, el testigo hizo derivar la conversación hacia la referida solicitud de dádiva, solicitud ya formulada por el acusado antes de dicha conversación, logrando el testigo que algunas frases relativas a dicha actuación, pronunciadas por el acusado, quedaran registradas.

Con posterioridad a dicha registrada conversación, según la sentencia impugnada, el testigo acudió a la Guardia Civil, formulando denuncia por cohecho, aportando la referida grabación, la cual fue recibida, registrada y transcrita por la fuerza policial, y unida como prueba a las actuaciones.

El testigo declaró sobre los referidos hechos en fase sumarial, y en el plenario ratificó y narró nuevamente todo lo relativo a la referida solicitud, así como respecto de la grabación antes referida.

La Sala provincial interpreta jurídicamente estos acontecimientos, entendiendo que la Guardia Civil habría **investigado de modo clandestino al acusado**, utilizando para ello, como mero instrumento, a un antiguo amigo y cliente de dicho acusado, obteniendo así una grabación no autorizada por ningún juez. Por ello, la denuncia del testigo sería nula, como nula sería la testifical, y nulas todas las pruebas de la causa.

Sin duda alguna, no nos es posible compartir el criterio de la Sala provincial, por las razones jurídicas que a continuación exponemos.

Cuarta. La legislación y doctrina aplicables al caso

La interpretación jurídico-procesal que la Sala realiza de lo que ella misma declara probado, no puede ser asumida.

La grabación de autos no es el origen de las investigaciones. El origen de las mismas radica en la denuncia presentada por el testigo protegido, que inicia el procedimiento. La denuncia es uno de los actos procesales, con capacidad para determinar la incoación de un proceso penal, y desde luego una investigación policial. En el supuesto de autos, la grabación magnetofónica constituye un vestigio que acompaña la denuncia, que es la actuación procesal de la que deriva el presente caso.

Por tanto, **no es adecuado afirmar que el origen de la presente causa radica en una grabación**. La función de la misma fue corroborar la "notitia criminis", la certeza de lo manifestado por el testigo protegido a la Guardia Civil. Aun así, no cabe dudar de la importancia de dicho soporte, al aportar la conversación registrada datos de interés, que luego fueron tenidos en cuenta en las investigaciones. Pero dichos datos fueron asumidos, corroborados, ratificados y aportados a la causa por el propio testigo compareciente. Por ello, **la presente causa penal parte de una denuncia presencial y personal, presentada sin procurador especial, por parte de un ciudadano, el cual aportó en su comparecencia una grabación privada, realizada conforme a las normas vigentes, realizada gracias a la facilitación de un medio técnico, puesto a disposición plena y autónoma de dicho ciudadano, por funcionarios de la Guardia Civil, en su función de informar a los ciudadanos de sus derechos y colaborar en la defensa de los mismos.**

En todo caso, podemos afirmar con toda categoría, que la actuación de la Guardia Civil no fue contraria a Derecho, ni lesionó el derecho a la intimidad del acusado, ni movió a un juez instructor a dictar ningún auto inmotivado, ni arrastra la nulidad de las pruebas practicadas en la vista oral de autos.

Vamos a considerar separadamente los diversos aspectos de la cuestión.

1. Legitimidad de la grabación por ser privada

Hemos de comenzar resaltando que la conversación registrada era privada, sostenida por dos particulares, lo que impide absolutamente que pueda considerarse su registro por uno de los intervinientes, como lesivo del derecho a la intimidad del otro.

En este sentido, podemos recordar la doctrina expuesta por STS de 19-4-13 y 29-5-13. Afirma esta última, textualmente:

...No se produjo ninguna afectación del derecho al secreto del artículo 18.3 CE, ya que **no hubo interferencia** de alguna de las comunicaciones, técnicamente mediadas del recurrente, **por parte de un tercero ajeno** a las mismas, sino el simple registro de una conversación presencial por quien, admitido por su interlocutor a participar en ella, tenía acceso legítimo a lo hablado. Algo de lo que, por eso, por estar ya en el secreto, el mismo podría hablar, difundiéndolo, con idéntica legitimidad jurídica en cualquier otro contexto... Fueron manifestaciones en un ámbito extraprocésal, prestadas voluntariamente y sin constricción...

En el supuesto de autos no hubo, en efecto, interferencia alguna de terceros en la conversación, registrada por el testigo protegido. La conversación fue registrada por el propio testigo protegido, no por un tercero, sin que tampoco hubiera habido ninguna actuación de alguien ajeno a la propia conversación registrada.

2. Legitimidad de la grabación, producida en ámbito extraprocésal

La referida conversación se produjo claramente en un ámbito ajeno a todo proceso, hasta el punto de que no se había siquiera iniciado una investigación policial, al no haberse presentado una denuncia. Como sostiene la STS de 29-5-13: ...No se produjo ninguna afectación del derecho al secreto...

...Fueron manifestaciones en un **ámbito extraprocésal**, prestadas voluntariamente y sin constricción...

3. Legitimidad de la grabación, aportada por el testigo protegido

La entrega de la grabación de la conversación privada referida, fue realizada por el propio interlocutor que la registró, el testigo protegido referido en autos. No fue aportada por un tercero, ni mucho menos por un miembro de los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado. No hubo interferencia alguna, por tanto, en las actuaciones de custodia o depósito privado de la grabación, transporte de la misma hasta la oficina de las fuerzas de seguridad, y aportación del referido registro a dicha institución. En este sentido, y refiriéndose a esta relevante circunstancia, destaca la STS de 29-5-13:

...Lo registrado fueron manifestaciones del posteriormente acusado...que, finalmente, **se han incorporado a la causa por uno de los participantes** en ese acto de interlocución, que las había grabado reservadamente...

4. Legitimidad de la grabación, por irrelevancia de la influencia del testigo sobre su contenido

El hecho indudable de que el acusado, cuya conversación con el testigo fue grabada por éste, se hubiese referido a los sobornos, al haber sido llevado a ello por palabras del referido testigo, en nada disminuye ni la licitud ni la eficacia del registro magnetofónico, considerado como prueba. En efecto, sostiene al respecto la STS de 29-5-13:

...Se ha afirmado, en fin, que habría existido provocación capciosa por parte del testigo protegido, sugiriendo que habría inducido a su interlocutor a entrar en determinadas materias, con el solo fin de comprometerle...

...Incluso en el caso de que hubiese existido realmente esa intención, la condición profesional del ahora recurrente, dado el perfil de su denunciante, introducía una asimetría tal en la relación, que **hace impensable que una manipulación de esa índole hubiese podido llevar al primero a realizar manifestaciones inveraces, o que él mismo no hubiese querido hacer...**

Por lo tanto y según la mejor doctrina, resulta inoperante que el testigo protegido hubiese acudido a su cita con el acusado, con la expresa intención de orientar la conversación hacia el tema de los sobornos, incluso actuando con el deliberado propósito de poner en evidencia a dicho interlocutor. Dicho ánimo no enturbia la licitud de la grabación, al carecer el testigo, manifiestamente, de la capacidad de obtener del acusado manifestaciones inveraces, o bien afirmaciones que dicho acusado no

hubiese querido efectuar. Ninguna de ambas posibilidades resulta evidenciada, en el contexto de los hechos analizados por la sentencia recurrida. En efecto, aun suponiendo que el testigo protegido hubiese acudido a la cita para comprometer al acusado, no se aprecia en su actuación una capacidad de influencia tal, que fuera capaz de arrastrar al interlocutor a la mentira, o bien a admitir algún hecho, en contra de su genuina voluntad.

5. Legitimidad de la grabación, siendo inaplicable el principio “*nemo tenetur*”

En efecto, tal principio no viene en aplicación en el contexto que ahora nos ocupa. Dicho principio no tiene juego alguno, en los sucesos relativos a la grabación de autos. Afirma al respecto la STS de 29-5-13:

...Tampoco cabe entender producida la supuesta vulneración del “*nemo tenetur*” (artículo 24.2 CE), porque **éste sólo juega en las relaciones directas con autoridades como la judicial o la policial**, donde la cautela representada por el derecho a guardar silencio busca preservar, frente a la acción de aquellas, la integridad moral de quien está siendo objeto de indagación...

6. Legitimidad de la grabación, no interferida por fuerzas de seguridad

Como afirma la STS de 24-3-10, reiterando la doctrina sentada por STS de 1-6-01, el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado **“interfiere y llega a conocer”** el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se hubiese hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje, no puede ser considerado el mensaje ni secreto, ni inconstitucionalmente interferido: no es secreto, porque ha sido publicado por quien lo emite, y **no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente había sido dirigido, y no un tercero que se hubiese interpuesto.**

Como resulta de la expresada doctrina, **la Guardia Civil no se interpuso, ni interfirió en modo alguno la grabación de autos**, que registró una conversación dirigida al testigo protegido. La Benemérita no interfirió, ni tampoco llegó a conocer el mensaje registrado por el testigo, hasta la presentación de la denuncia.

Precisamente, **de no haber resuelto dicho testigo presentar la denuncia, acompañada del soporte magnetofónico referido, la Guardia Civil jamás habría tenido el más mínimo conocimiento de lo acontecido** en la conversación, ni tan siquiera habría alcanzado a saber que la referida entrevista hubiera tenido lugar. El encuentro no fue programado, ni fue vigilado, ni orientado, ni condicionado en modo alguno por la Guardia Civil, con lo que no puede hablarse de ninguna interferencia por su parte.

Tampoco podemos admitir que la actuación de la Guardia Civil fuera reconducible al concepto jurisprudencial, expuesto en STS de 13-3-13, de “superioridad institucional”, la cual sólo existe cuando se procura una **confesión extraprocesal, arrancada mediante engaño, desde la posición de agente de la autoridad**. En efecto, el testigo presencial no actuaba desde ninguna posición de superioridad institucional, sino bajo su cuenta y riesgo, si bien utilizando una grabadora que había solicitado de la Guardia Civil. El testigo no procuró una confesión extrajudicial para la Guardia Civil, no actuando por tanto como agente de la misma, sino como particular, registrando una conversación privada, cuyo tema orientó hacia la cuestión que a dicho testigo interesaba. Afirmar que el testigo actuó como enviado de la Guardia Civil, desde una posición de superioridad institucional, carece de todo fundamento, y es una interpretación de la Sala provincial que no podemos compartir. No actuó la Guardia Civil utilizando algún subterfugio, para de este modo obtener información, introduciendo a una persona en el círculo del investigado.

Por ello podemos concluir que la grabación de autos, que se acompañó a la denuncia inicial, no fue una actuación ilícita, no lesionando ninguno de los derechos fundamentales del acusado, por lo que la decisión procesal impugnada, que acuerda declararla nula, así como por contaminación, la denuncia, la testifical y todas las pruebas practicadas, es lesiva de los alegados derechos fundamentales del recurrente, por lo que la sentencia ha de ser revocada por la Excelentísima Sala de Casación.

7. Legitimidad de la grabación, al no ser aplicables los protocolos exigidos por la Sala recurrida

La sentencia reconduce la actuación del testigo protegido, asimilándola en cierto modo, a la de un agente de la autoridad, para consecuentemente señalar el incumplimiento de los protocolos previstos por la ley.

La cuestión es que, como hemos señalado, el testigo protegido no realizaba ninguna función propia de agente de la autoridad, ni actuaba bajo las órdenes o indicaciones de ningún cuerpo ni fuerza de seguridad. El mero hecho de la utilización de una grabadora facilitada por la Guardia Civil, no convirtió la actuación en una investigación llevada a cabo por la referida fuerza. Por ello, **la aplicación a los relatados hechos de los cánones procesales que rigen la investigación de la Policía Judicial, no resulta adecuada**. Las categorías procesales asumidas por la sentencia, divergen de las que resultan de la naturaleza de los hechos acontecidos. La actuación del testigo es análoga a la del denunciante y testigo que, voluntariamente, colabora con la policía aportando los datos que conoce, actuación que considera legítima la STS de 22-9-06, que la describe así:

...El testigo protegido, a iniciativa propia denunció unos hechos delictivos ya consumados, y a partir de ahí colaboró con la policía judicial en la investigación de los mismos para confirmación y contraste, y para la identificación de los partícipes...

...No es admisible atribuirle, artificiosamente, la condición legal de agente encubierto prevista en la norma, para después alegar el incumplimiento de los requisitos legales y, por esa vía, obtener la nulidad de los testimonios. El recurrente invoca una norma no aplicable al supuesto de hecho concreto, para después denunciar su infracción...

8. Delito provocado

En todo caso, resulta inadmisibile y se impugna expresamente, que la Sala provincial haya considerado que la actuación de la Guardia Civil provocara el delito investigado. Sin duda alguna, resulta sorprendente que se realice tal afirmación, cuando se parte de la base de que los hechos no resultaron acreditados. Si no resultaron acreditados, mal podemos afirmar que se produjo un delito por iniciativa de la Guardia Civil. Además, y con independencia de esta contradicción “in terminis” manifiesta, lo cierto es que los hechos imputados por el Fiscal, en modo alguno representan la provocación de un delito por las fuerzas de seguridad. Tampoco la grabación anulada por la Sala puede, en modo alguno, implicar la provocación a ningún delito, sino que se realizó precisamente para alcanzar un soporte material relativo a unas declaraciones privadas, referidas en una privada conversación, que pudieran ser valoradas precisamente para investigar posibles delitos, desde luego ya cometidos, y no inducidos por el autor de la grabación, ni por las fuerzas de seguridad.

9. Resolución de caso análogo por STS de 26-6-15

En la sentencia 423-15, de 26-6-15, la Excelentísima Sala de Casación consideró lícita una actuación esencialmente idéntica a la ahora censura la Corte provincial.

En dicha resolución, la Excelentísima Sala consideró el supuesto de la posible vulneración de la intimidad, por una grabación de la conversación que mantuvo el denunciante con un tercero, **mientras la policía no sólo conocía que la conversación entre el testigo y el tercero iba a producirse, sino que incluso observaba y vigilaba la reunión de ambos, en el momento mismo de producirse.** Afirma textualmente la Excelentísima Sala en dicha sentencia:

...La grabación se efectuó con autorización judicial, pero **PUDO HABERSE OBTENIDO INCLUSO SIN ÉSTA**, conforme a una **consolidada jurisprudencia**, cuyo hito inicial hay que situar en la conocida STC 114-84, de 29 de noviembre, resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Como dice nuestra STS 298-13 de 13 de marzo, la utilizabilidad de ese medio de prueba no queda supeditada a la conformidad en la grabación de todos los partícipes o contertulios, ni a la ausencia de toda connotación subrepticia o de engaño u ocultación por parte de quien dispone lo necesario para la fijación en un soporte de la conversación. Sólo la escucha o grabación por un tercero sin autorización de ninguno de los comunicantes convierte en inutilizable este medio probatorio...

Quinto. La lesión de derechos del Fiscal

Sin duda la sentencia impugnada, al considerar nulas las pruebas propuestas por el Fiscal, ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva, e indirectamente, su derecho a ser parte en un proceso que respete las garantías procesales, y desde luego, su derecho a proponer y practicar prueba en defensa de su posición procesal, así como de la viabilidad de la acción penal por el mismo ejercitada.

En similares ocasiones, la Excelentísima Sala de Casación ha aceptado la legitimación “ad causam” del Fiscal, en orden a impugnar resoluciones que lesionen su derecho a la tutela judicial, siendo un supuesto referido específicamente a la anulación de autos de intervención telefónica el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-4-02.

Podemos, por tanto, afirmar que la Sentencia impugnada no tuvo en consideración la jurisprudencia de la Excelentísima Sala de Casación.

Podemos afirmar, asimismo y consecuentemente, que la Sala provincial ha lesionado el derecho del Fiscal a ser tutelado en el legítimo ejercicio de la acción penal, y en su condición y derechos como parte acusadora en el proceso de que este recurso trae causa.

Podemos afirmar, asimismo, que la Sala provincial no ha respetado ni la Constitución ni la norma procesal que a dicha Carta apela, en orden al aseguramiento de los derechos fundamentales que planean sobre el proceso penal, ni tampoco se ha alineado en modo alguno con la doctrina de la Excelentísima Sala en relación con esta cuestión.

Sexto. Procedencia de la declaración de nulidad de la sentencia impugnada

Por ello es procedente, y así se interesa que, casándose la impugnada sentencia, se declare que ha habido lesión de los alegados derechos fundamentales del recurrente, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva, se revoque la sentencia impugnada, y se ordene a la Sala provincial, integrada con otros magistrados, para asegurar la imparcialidad, que celebre nueva vista, en la que se valore, como prueba lícita, la grabación y su transcripción, así como la denuncia y testificales, y todas las pruebas propuestas por el Fiscal y cuya nulidad fue decretada en la sentencia impugnada.

Subsidiariamente, y para el caso de que la Excelentísima Sala considere que el Tribunal de instancia no ha perdido su imparcialidad al declarar la nulidad de las pruebas y absolver a los acusados, se interesa se declare la nulidad de la sentencia, ordenándose a la Sala recurrida que dicte otra, valorando las pruebas en la forma interesada.

Por todo lo cual

EL FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOLICITA DE LA EXCELENTÍSIMA SALA

que teniendo por presentado este escrito y el adjunto testimonio de la sentencia recurrida junto con sus copias, lo admita a trámite, tenga por interpuesto recurso de casación contra la referida sentencia y, previos los correspondientes trámites, con estimación del recurso, resuelva en el sentido interesado en este nuestro escrito.

OTROSÍ DICE el Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 882 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no considera necesaria la celebración de vista.

Madrid, a veinte de julio de dos mil diecisiete.

ÁLVARO REDONDO HERMIDA.